

Das Arbeitsrecht der Personenhandelsgesellschaften

HORST MAYER-BERG

1965

1966

DAS ARBEITSRECHT DER
PERSONENHANDELSGESELLSCHAFTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Horst Mayer-Berg
aus Solingen

1965



Dekan: Prof. Dr. Erich Streißler

Referent: Prof. Dr. Gustav-Adolf Bulla

Korreferent: Prof. Dr. Fritz Rittner

Tag der mündlichen Prüfung: 24. Februar 1966

Fotodruck: Mikrokopie GmbH., 8 München 22, Bruderstr.

Meinen Eltern

Meinem Bruder

I N H A L T

	Seite
Einleitung	11
<u>Erstes Kapitel. Begriffe</u>	12
I. Vorbemerkung	13
II. Die Begriffe "Arbeitgeber" und "Arbeitnehmer"	13
III. Der funktionelle Arbeitgeberbegriff	18
IV. Abgrenzung der Begriffe "Arbeitgeber" und "Unternehmer"	19
 <u>Zweites Kapitel. Die Träger der Arbeitgeber- eigenschaft bei den Personenhandelsgesell- schaften</u>	 21
I. Vorbemerkung	22
II. Die Träger der Arbeitgeberfunktionen aus dem Einzelarbeitsverhältnis	23
III. Die Träger der gesetzlichen Arbeitgeber- funktionen	29
 <u>Drittes Kapitel. Die Vertretung der Personen- handelsgesellschaften im Arbeitsrecht</u>	 31
I. Vorbemerkung	32
II. Die Anwendung der handelsrechtlichen Ver- tretungsregeln im Arbeitsrecht	32
1. Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen als Geschäfte oder Rechtshandlungen "der Gesellschaft"	33
2. Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen als Geschäfte und Rechtshandlungen im Sinne des § 126 HGB	34
3. Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen als Geschäfte oder Rechtshandlungen gegen- über "Dritten"	37
4. Ergebnis	39
III. Ergänzung der handelsrechtlichen Vertre- tungsregeln durch Vollmacht für von der or- ganschaftlichen Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter	40
1. Ausdrückliche Bevollmächtigung	42
2. Stillschweigende Bevollmächtigung	44
3. Widerruf der Vollmacht	46
4. Ergebnis	49
IV. Vollmacht für einzelne Gesamtvertreter	49
1. Wesen der Gesamtvertretung	49
2. Die Ausübung der Gesamtvertretung	50
3. Sondervollmacht für einzelne Gesamtvertreter	51

<u>Viertes Kapitel. Zu den Arbeitgeberfunktionen im Bereich des Einzelarbeitsverhältnisses</u>	55
A) Die Befugnis zur Einstellung, Entlassung und Anweisung von Arbeitnehmern	56
I. Vorbemerkung	56
II. Die Rechtsfolgen bei Handeln ohne Vertretungsmacht	56
1. Grundsätzliche Unwirksamkeit der Erklärungen	56
2. Vertrauensschutz	57
3. Genehmigung	61
4. Schadensersatz	62
III. Die Folgen gesellschaftsinterner Uneinigkeiten auf die Wirksamkeit der Maßnahmen	63
1. Die Rechtsfolgen eines Widerspruchs	64
2. Die Rechtsfolgen bei mehreren sich widersprechenden Weisungen	69
B) Die Lohnzahlungspflicht	71
I. Allgemeines	71
II. Die Lohnschuldner	71
III. Die Haftung aufgrund besonderer Vereinbarung	73
IV. Die Haftung aufgrund Rechtsscheins	75
1. Die Grundsätze des Rechtsscheins	75
2. Die Anwendung der Grundsätze des Rechtsscheins im Arbeitsrecht	77
V. Die Lohnansprüche im Konkurs der Personenhandelsgesellschaften und ihrer Gesellschafter	79
1. Die Konkursfähigkeit der Personenhandelsgesellschaften und ihrer Gesellschafter	79
2. Die Lohnansprüche als bevorrechtigte Konkursforderungen	79
3. Die Lohnansprüche als Masseforderungen	81
C) Die Fürsorgepflicht	83
I. Inhalt und Grenzen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	83
1. Vorbemerkung	83
2. Keine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft	84
II. Die Haftung für die Verletzung von Fürsorgepflichten	87
1. Die Rechtsfolgen der Verletzung der Fürsorgepflichten	87
2. Die Haftung für die Rechtsfolgen	88

	Seite
<u>Fünftes Kapitel. Zu den Arbeitgeberfunktionen im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts</u>	89
A) Betriebsverfassungsrecht	90
I. Die betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeberfunktionen und ihre Träger	90
1. Die Anhörungs- und Beratungspflichten	90
2. Gemeinsame Beschlüsse und ihre Durchführung	91
3. Die Kostenlast des Arbeitgebers	93
4. Der Strafantrag nach § 79 II BetrVG	93
II. Die strafrechtliche Haftung	95
III. Die Zugehörigkeit von Gesellschaftern zum Wirtschaftsausschuß	95
1. Die Unternehmenszugehörigkeit der Gesellschafter	96
2. Unternehmer im Wirtschaftsausschuß	98
B) Tarifvertragsrecht	101
I. Die Tariffähigkeit der Personenhandels- gesellschaften	101
II. Die Tarifgebundenheit bei den Personen- handelsgesellschaften	102
1. Der Arbeitgeber als Tarifvertragspartei	103
2. Der Arbeitgeber als Mitglied eines ta- rifschließenden Arbeitgeberverbandes	105
<u>Sechstes Kapitel. Die Auswirkungen rechtlicher Veränderungen der Gesellschaft auf die Arbeits- verhältnisse</u>	111
A) Die arbeitsrechtlichen Folgen des Gesellschaf- terwechsels	112
I. Die Folgen für die Wirksamkeit der Arbeits- verhältnisse	112
II. Die Haftung für die Lohnschulden der Gesell- schaft	115
1. Die Haftung des ausscheidenden Gesell- schafters	115
2. Die Haftung des eintretenden Gesell- schafters	118
B) Die arbeitsrechtlichen Folgen der Umwandlung der Gesellschaft	119
I. Die formwechselnde Umwandlung	119
II. Die übertragende Umwandlung	121
III. Die Umwandlung der stillen Gesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft	123

	Seite
C) Die arbeitsrechtlichen Folgen der Beendigung der Gesellschaft	126
I. Die Auflösung der Gesellschaft	126
1. Die Folgen für die Wirksamkeit der Arbeitsverhältnisse	126
2. Die Möglichkeiten der außerordentlichen Kündigung	127
a) Kündigung durch den Arbeitgeber	127
b) Kündigung durch den Arbeitnehmer	128
II. Die Vollbeendigung der Gesellschaft	130
<u>Siebttes Kapitel. Zur Tätigkeit von Gesellschaftern im Dienst ihrer Gesellschaft</u>	131
Vorbemerkung	132
A) Wann ist die tätige Person Gesellschafter?	134
I. Abgrenzungsfälle	134
II. Kriterien für die Gesellschaftszugehörigkeit	136
B) Die Zulässigkeit von Arbeitsverhältnissen zwischen Gesellschaftern und ihrer Gesellschaft	138
I. Zulässigkeit von freien Dienstverträgen	138
II. Zulässigkeit von Arbeitsverhältnissen	139
III. Ergebnis	143
C) Abgrenzung zwischen der Tätigkeit aufgrund Gesellschaftsvertrag, freiem Dienstvertrag und Arbeitsvertrag	145
I. Freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag	145
II. Gesellschaftsvertrag und außergesellschaftlicher Anstellungsvertrag	145
1. Möglichkeit der Trennung von der Gesellschaftsposition	146
2. Regelung im Gesellschaftsvertrag	147
3. Regelung der Vergütung	148
4. Steuern und Sozialversicherung	149
D) Die arbeitsrechtliche Sonderstellung der im Dienste ihrer Gesellschaft tätigen Gesellschafter	151
I. Zur Arbeit aufgrund des Gesellschaftsvertrages	151
1. Das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem dienstleistenden Gesellschafter	154

	Seite
a) Der Abschluß des Gesellschafts- vertrages	154
b) Die Pflichten des Gesellschafters	155
c) Die Pflichten der Gesellschaft	159
d) Das Recht am Arbeitsergebnis	165
e) Die Rechtsfolgen bei Unterbleiben der Arbeitsleistung	166
f) Der Haftungsausschluß bei gefahrbe- hafteter Arbeit	166
g) Die Beendigung des Rechtsverhältnisses	168
2. Der Arbeitsschutz	168
3. Kollektivrecht	170
4. Sozialversicherung	171
5. Konkursvorrecht	172
6. Die arbeitsrechtlichen Verfahren	173
II. Zur Arbeit aufgrund freien Dienstvertrages	175
III. Zur Arbeit aufgrund Arbeitsvertrages	176
Zusammenfassung in Leitsätzen	180
Literaturverzeichnis	184

A B K Ü R Z U N G E N

AN	Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes
AngVers	Angestelltenversicherung, Zeitschrift der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
Anm	Anmerkung
AnVG	Angestelltenrentenversicherungsgesetz in der Fassung des Angestelltenversicherungs-Neuregelungsgesetzes vom 23. Februar 1957
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Arbeitsrechtspraxis, herausg. von Fr. Sitzler
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. Juli 1927 in der Fassung vom 3. April 1957
AZO	Arbeitszeitordnung vom 30. April 1938
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater, Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer-, Arbeits- und Sozialrecht
Betrieb	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952
BG	Die Berufsgenossenschaft, Zeitschrift
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht

BSG	Bundessozialgericht
DArbR	Deutsches Arbeitsrecht, Zeitschrift
DR	Deutsches Recht, Zeitschrift
Einl	Einleitung
EuM	Entscheidungen und Mitteilungen des des Reichsversicherungsamtes
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung vom 26.7.1900
HandwO	Handwerksordnung vom 17.Sept. 1953
HeimarbG	Heimarbeitsgesetz vom 14.März 1951
HGB	Handelsgesetzbuch
JR	Juristische Rundschau
JugArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) vom 9. August 1960
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KRG	Kontrollratsgesetz
LadenschlG	Gesetz über den Ladenschluß vom 28. November 1956
LAG	Landesarbeitsgericht
LAO	Landarbeitsordnung vom 24.Jan.1919
LM	Lindenmaier-Möhring, Das Nachschlage- werk des Bundesgerichtshofs
LSG	Landessozialgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz) vom 24.J nuar 1952
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die brit.Zo
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OrdnungswidrigkG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25.März 1952
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAW	Rechtsarchiv der Wirtschaft, Zeitsch
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für di Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RG	Reichsgericht

GRK z. BGB	Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
GRK z. HGB	Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Handelsgesetzbuch
GSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung)
GZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
VA	Reichsversicherungsamt
VO	Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911
	Seite
chlichtG	Schlichtungsgesetz
chlichtVO	Schlichtungsverordnung
chwerbeschG	Schwerbeschädigtengesetz vom 14. Au- gust 1961
elbstverwG	Selbstverwaltungsgesetz vom 22.2.1951
euffA	Seufferts Archiv
GG	Sozialgerichtsgesetz vom 23. August 1958
JZ	Süddeutsche Juristenzeitung
ozR	Sozialrecht, Rechtsprechung und Schrift- tum, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts
ozRechtlEntschSamml	Sozialrechtliche Entscheidungssammlung
VG	Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949
arnR	Warneyers Rechtsprechung
M	Wertpapiermitteilungen
BH	Zentralblatt für Handelsrecht
B1SozVers	Zentralblatt für Sozialversicherung
PO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

In der vorliegenden Arbeit sollen die Personenhandels- gesellschaften, also die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) aus arbeitsrechtlicher Sicht betrachtet werden. Dabei gilt es einmal, sie in ihrer Rolle als Arbeitgeber zu untersuchen. Im Vordergrund steht hier die Frage, wer begrifflich als Arbeitgeber der im Betrieb der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer anzusehen ist. In engem Zusammenhang damit steht die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange die handelsrechtlichen Vorschriften über die Vertretung der Gesellschaften im Rechtsverkehr im arbeitsrechtlichen Bereich Anwendung finden. Aber auch die arbeitsrechtlichen Probleme, welche die persönliche Mitarbeit von Gesellschaftern im Betrieb ihrer Gesellschaft aufwirft, sind Gegenstand dieser Arbeit. Schließlich werden mit dem Wunsch nach Vollständigkeit die sonstigen arbeitsrechtlichen Besonderheiten aufgezeigt, die sich im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Arbeitnehmern durch handelsrechtliche Personengesellschaften ergeben. Die Untersuchungen erstrecken sich auf alle Gebiete des Arbeitsrechts (mit Einschluß der Sozialversicherung).

Auf die Behandlung der stillen Gesellschaft im Rahmen dieser Arbeit wird indessen verzichtet. Die stille Gesellschaft ist - obgleich es sich um eine Personengesellschaft des Handelsrechts handelt - nicht Handelsgesellschaft wie die OHG und die KG. Sie ist im Unterschied zu diesen Gesellschaftstypen reine Innengesellschaft, die als Gesellschaft nach außen nicht in Erscheinung tritt. In ihrer typischen Form bietet sie deshalb keine besonderen arbeitsrechtlichen Probleme. Bei der atypischen stillen Gesellschaft stellen sich hingegen die Probleme in solchem Maße anders als bei den Personenhandelsgesellschaften, daß aus diesem Grunde ihre Einbeziehung in diese Arbeit nicht angebracht erscheint.

Erstes Kapitel

BEGRIFFE

I. Vorbemerkung

Um die einleitend angekündigten Betrachtungen anstellen zu können, ist es unerlässlich, die Begriffe "Arbeitgeber" und "Arbeitnehmer" zunächst in ihrer allgemeinen Bedeutung zu klären. Dies ist umso notwendiger als der Sprachgebrauch des täglichen Lebens und die arbeitsrechtlichen Einzelgesetze diese Begriffe zwar durchaus geläufig als Bezeichnung der Sozialpartner aus dem Arbeitsverhältnis verwenden, es eine allgemeine gesetzliche Definition dieser Begriffe für das gesamte Arbeitsrecht aber nicht gibt.

II. Die Begriffe "Arbeitgeber" und "Arbeitnehmer"

Die Worte Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus sich selbst heraus zu erklären, befriedigt nicht. Hiernach wären alle diejenigen Arbeitgeber, die einem anderen "Arbeit geben", und Arbeitnehmer, die für einen anderen "Arbeit" verrichten. So weit sind die Begriffe nicht zu fassen. Sie sind typische Erscheinungsformen des Arbeitsrechts und als solche ausschließlich arbeitsrechtlich zu betrachten. Nur wer eine dem Wesen des Arbeitsrechts entsprechende Arbeit verrichtet, kann in diesem Sinne Arbeitgeber, wer solche erbringt Arbeitnehmer sein.

Das Arbeitsrecht hat es nach der seit langem herrschenden Lehre¹ ausschließlich mit der sogenannten abhängigen Arbeit zu tun. Die Begriffe Arbeitgeber und Arbeitnehmer lassen sich daher nur im Zusammenhang mit dem abhängigen Arbeitsverhältnis bestimmen. Ob ein abhängiges Arbeitsverhältnis

1) Vergl. Hueck-Nipperdey I, S. 3; Nikisch I, S. 4; Kaskel-Dersch S. 1 ff; Maus, Arbeitsverhältnis S. 17; Sinzheimer S. 4; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor § 611 Anm. 2f a.A. hauptsächlich Lotmar S. 32, 72 und Silberschmidt S. 12 ff.

vorliegt, richtet sich nach einem im Arbeitsrecht¹ einschließlich Sozialversicherungsrecht² anerkannten Grundsatz nach der tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse. Nicht maßgebend sind die von den Parteien gewählten Bezeichnungen oder die zivilrechtliche Erscheinungsform der Vereinbarungen.

Auf die Art der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit kommt es ebenfalls nicht an³. Das Vorliegen eines rechtsgültigen Arbeitsvertrages ist für die Entstehung und den Bestand eines Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich. Auch ein nichtiger, weil fehlerhafter oder angefochtener Arbeitsvertrag kann ein Arbeitsverhältnis begründen⁴. Denn es ist mit dem Wesen eines Einzelarbeitsverhältnisses⁵ nicht zu vereinbaren, daß es als nichtig, daß heißt als rechtlich nicht vorhanden angesehen wird, wenn es bereits durch die Aufnahme der Arbeit seitens des Arbeitnehmers verwirklicht ist.

Auch in der Sozialversicherung braucht sich das für die Anerkennung der Sozialversicherungspflicht notwendige Beschäftigungsverhältnis nicht mit dem Arbeitsvertrag zu decken. Beide Rechtsverhältnisse fallen zwar in der Regel zusammen, können aber völlig verschiedene Rechtsschicksale erleiden. Für die versicherungspflichtige Beschäftigung ist die tatsächliche Seite entscheidend, also das tat-

-
- 1) Vgl. Dersch, AR-Blattei, Arbeitgeber I; RAG ARS 4, 255; 27, 5.
 - 2) Vgl. Brackmann II, S. 302 b, 306 h, 307; BSozG v.21.10.58 SozRechtlEntschSamml § 537 Ziff. 1 RVO (Nr. 2).
 - 3) Das BSozG sieht in der Entscheidung vom 21.10.58 (s.Anm.2) neben der tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse auch die Art der Tätigkeit als Anhaltspunkt für die Feststellung eines abhängigen Arbeitsverhältnisses an. Wie hier Hueck-Nipperdey I, S. 88; Maus, Handbuch II, S. 27.
 - 4) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 118, 123; Hueck, BB 52,263; Nikisch I, S. 175; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611 Anm. 96 ff; Bobrowski-Gaul C III 26; Dietz, BetrVG § 4 Anm. 29; BAG 1,58 = AP Nr. 2 zu § 125 BGB.
 - 5) Zur Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses vgl. S.23 ff.

sächliche Vorhandensein eines solchen Verhältnisses¹.

Es muß sich jedoch um ein abhängiges Arbeitsverhältnis handeln. Der Streit, ob nur persönliche oder auch wirtschaftliche Abhängigkeit zu fordern sei, ist heute erledigt. Im Arbeitsvertragsrecht haben sich Lehre und Rechtsprechung für die rein persönliche Abhängigkeit entschieden². Auch für das Beschäftigungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht spielt heute die wirtschaftliche Abhängigkeit neben der persönlichen praktisch keine Rolle mehr. Das Reichsversicherungsamt verlangte zwar in ständiger Rechtsprechung eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber³. Doch bedarf die wirtschaftliche Abhängigkeit im Grunde keiner besonderen Hervorhebung, da jede persönliche Abhängigkeit auch irgend ein Maß von wirtschaftlicher Abhängigkeit enthält⁴. Wohl auf Grund dieser Überlegungen hat das Reichsversicherungsamt schon früh ausgeführt, daß besonderes Gewicht auf die persönliche Abhängigkeit zu legen sei und die wirtschaftliche Abhängigkeit allein zur Feststellung eines die Versicherungspflicht begründenden Abhängigkeitsverhältnisses nicht genüge⁵. Das Bundessozialgericht schließlich hebt die wirtschaftliche Abhängigkeit gar nicht mehr hervor, sondern

1) Vgl. Brackmann II, S. 337, 412 h, 412 i; Bischoff, AR-Blattei, Sozialversicherung IV; RVA Nr. 2766 (AN 1923 S. 273); Nr. 3102 (AN 1927 S. 581); RVA EuM 22, 238 (241); BSG 1, 115(117); 10, 94 (95).

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, 41; ders. in Anm. zu RAGARS 19, 510 ff; Sinzheimer S. 10 ff; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 48; Richter S. 15; Bobrowski-Gaul A V 1; Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages S. 109; Kaskel-Dersch S. 26; BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG AP Nr. 2 zu § 611 mittelbares Arbeitsverhältnis; BGHZ 10, 187 (190); 36, 142 (143).

3) Vgl. RVA Nr. 3017 (AN 1927 S. 24); Nr. 3103 (AN 1927 S. 584); Nr. 4462 (AN 1932 S. 430).

4) Vgl. Dersch-Volkmar § 5 Anm. 23, 35.

5) Vgl. die Anleitung des RVA über den Kreis der nach der RVO gegen Krankheit und Invalidität versicherten Personen vom 26.4.1912 (AN 1912 S. 721 ff, Nr. 11), ferner RVA Nr. 3017 (AN 1927 S. 24) und Nr. 5382 (AN 1940 S. 255).

trachtet allein die persönliche Abhängigkeit als wesentliches Merkmal für das Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses^{1,2}.

klar bleibt, wann persönliche Abhängigkeit vorliegt. streng genommen heißt Abhängigkeit in diesem Sinne nicht mehr, als daß dem tätigen Arbeitnehmer jemand gegenübersteht, der vermöge eines ihm zustehenden Rechts befugt ist, auf den menschlichen Arbeitseinsatz in irgendeiner Weise einzuwirken. Dergestalt abhängig sind aber im allgemeinen alle Tätigkeitsverhältnisse, die Arbeit für andere zum Gegenstand haben³. Lediglich das Maß der Abhängigkeit ist bei ihnen verschieden. Bei selbständigen Tätigkeitsverhältnissen besteht zumindest eine Abhängigkeit in der Form, daß der "Auftraggeber" berechtigt ist, jederzeit in den Arbeitsprozeß einzugreifen⁴. Das Kriterium "abhängige Arbeit" ist demnach als entscheidendes Merkmal für das Arbeitsrecht nur geeignet, wenn man an das Maß der Abhängigkeit besondere Anforderungen stellt. Nicht jede mehr oder weniger leichte Einwirkung auf die Arbeitskraft genügt, sondern es ist eine nicht unerhebliche Einwirkung erforderlich. Das Kriterium ist nicht Abhängigkeit schlechthin, sondern "überwiegende Abhängigkeit"⁵. Die Feststellung, wann denn überwiegende Abhängigkeit vorliegt, muß allerdings der

Vgl. BSG 3,30(35); 13,130(132); 13,196(201); BSG v.29.3.62, BB 62, 923.

Im Rahmen dieser Arbeit ist die "persönliche Abhängigkeit" vor allem für die Frage bedeutsam, ob ein Gesellschafter zugleich Arbeitnehmer seiner Gesellschaft sein kann. Vgl. dazu S. 138 ff.

Vgl. Hueck-Nipperdey I, S.43; Maus, Arbeitsverhältnis S.19 (d); Nikisch, Grundformen des Arbeitsvertrages S.97; Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages S. 81 ff; Richter S. 15.

Vgl. §§ 665,675 BGB: Der Beauftragte ist weisungsunterworfen auch hinsichtlich nachträglich erteilter Weisungen. - Hierzu Staudinger-Nipperdey § 665 Anm. 1 ff.

Schmidt-Rimpler S. 23 Anm. 13 stellt ab auf die "völlige oder relativ besonders erhebliche Fremdbestimmtheit"; auch Hueck-Nipperdey I S. 41 (Ziff. 3) erkennen an, daß man von fremdbestimmter Arbeit im Gegensatz zu selbstbestimmter Arbeit sprechen kann. Vgl. ferner Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages S. 111 und Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts S. 54.

Prüfung des Einzelfalles vorbehalten bleiben. Insoweit lassen sich keine allgemein gültigen Merkmale aufstellen, aus deren Vorhandensein oder Fehlen sich die Frage nach der überwiegenden persönlichen Abhängigkeit ohne weiteres beantworten ließe¹. Hier sei lediglich vermerkt, daß die Eingliederung des Arbeitenden in einen Betrieb oder Haushalt nicht begriffswesentliches Merkmal für die überwiegende Abhängigkeit ist. Die weiter unten folgende Untersuchung der Erwerbstätigkeit von Gesellschaftern im Unternehmen ihrer Gesellschaft² wird zeigen, daß es in einen Betrieb eingegliederte Personen gibt, die nicht Arbeitnehmer sind. Andererseits gibt es echte Arbeitnehmer, die weder einem Betrieb noch einem Haushalt eingegliedert sind³. Allerdings ist die große Mehrzahl der Arbeitnehmer in einen Betrieb eingegliedert, so daß in manchen Zweifelfällen der Gesichtspunkt der Eingliederung die Unterscheidung erleichtern kann⁴.

Die eingangs gestellte Frage nach den Begriffen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann nunmehr dahingehend beantwortet werden:

Arbeitgeber ist, wer überwiegend, persönlich abhängige Arbeit vergibt. Arbeitnehmer ist, wer in überwiegender, persönlicher Abhängigkeit auf Grund eines Arbeitsvertrages oder eines diesen ersetzenden Rechtsverhältnisses Arbeit für einen anderen leistet.

-
- 1) ebenso BAG Nr. 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit. Vgl. auch Hueck-Nipperdey I S. 43 ff.
 - 2) Vgl. S. 131 ff.
 - 3) z.B. Privatsekretäre, Kraftfahrer oder für sonstige persönliche Dienste von einem Privatmann angestellte Personen.
 - 4) Zu der namentlich von Nikisch, I S. 6 und RdA 60, 1 ff. Maus, Arbeitsverhältnis S. 71 und Handbuch S. 33 ff. und Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages S. 82 und Arbeitnehmer und Betrieb S. 6 vertretenen Auffassung, daß die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Gesichtspunkt die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb sei vgl. die zutreffenden Ausführungen bei Hueck-Nipperdey I. S. 41 Anm. 15.

III. Der funktionelle Arbeitgeberbegriff¹

Die persönliche Abhängigkeit, welche für den Arbeitnehmerbegriff kennzeichnend ist, findet ihren sichtbarsten Ausdruck in der Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers. Ihr entspricht auf Arbeitgeberseite die Weisungsbefugnis. Das ist das Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Weisungen zu erteilen, insbesondere Ort, Zeit und Art der Arbeitsleistung zu bestimmen. Die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers wird grundsätzlich durch denjenigen ausgeübt, in dessen Namen der Arbeitsvertrag geschlossen wurde und dem infolgedessen die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zustehen. Von diesem Grundsatz besteht eine Reihe von Ausnahmen. Steht der Arbeitnehmer zum Beispiel im Dienste eines geschäftsunfähigen Arbeitgebers, einer juristischen Person oder eines im Konkurs befindlichen Arbeitgebers, so wird die Weisungsbefugnis nicht von dem Geschäftsunfähigen, der juristischen Person oder dem Gemeinschuldner ausgeübt. Hierzu sind diese entweder nicht in der Lage oder aber nicht befugt. Weisungsbefugt sind vielmehr der Vormund, die Organe der juristischen Person und der Konkursverwalter. Nur sie sind in der Lage, die aus der persönlichen Bindung hervorgehenden Befugnisse wahrzunehmen. Aus diesem Grunde wird die Auffassung vertreten, daß sie diese Befugnisse - wenngleich sie auch sonst die Stellung von gesetzlichen Vertretern haben mögen - nicht als "Stellvertreter", nicht namens des Betriebsinhabers ausüben, sondern im eigenen Namen, kraft der ihnen auf Grund ihrer besonderen Rechtsstellung im Arbeitsverbände zukommenden personenrechtlichen Funktion². Sie sollen nicht Stellvertreter sein, sondern ihre Funktion wird als derart wichtig angesehen, daß sie selber als

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 89, Nikisch I, S. 144 ff.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 89, Nikisch I, S. 144;
Dersch, AR-Blatttel, Arbeitgeber I.

Arbeitgeber in Erscheinung treten, und zwar als Arbeitgeber in personenrechtlicher Hinsicht.

In Ergänzung des oben definierten Arbeitgeberbegriffs muß daher gesagt werden, daß als Arbeitgeber auch solche Personen bezeichnet werden, welche - ohne sich auf vertragliche Beziehungen zum Arbeitnehmer stützen zu können - die typische personenrechtliche Funktion eines Arbeitgebers innehaben. So unterscheidet der sogenannte "funktionelle Arbeitgeberbegriff" den Arbeitgeber mit der "vermögensrechtlichen Funktion" vom Arbeitgeber mit der "personenrechtlichen Funktion". Im Normalfalle sind allerdings beide Funktionen in einer Hand vereint. Doch ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, daß nicht alle Arbeitgeberfunktionen in einer Hand vereinigt sein müssen¹.

IV. Abgrenzung der Begriffe "Arbeitgeber" und "Unternehmer"

Der Begriff "Unternehmer" ist kein eigentlich arbeitsrechtlicher, sondern ein wirtschaftlicher Begriff². Da er jedoch in einigen arbeitsrechtlichen Gesetzen, insbesondere im Betriebsverfassungsgesetz, sowie auch im dritten Buch der Reichsversicherungsordnung neben dem Begriff "Arbeitgeber" verwandt wird³, erscheint eine Abgrenzung der Begriffe notwendig.

"Unternehmer" ist derjenige, der "einheitlich den die Einheit eines Unternehmens bestimmenden Zweck setzt"⁴. Dabei definiert man "Unternehmen" als die "organisatorische Ein-

1) Vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 9 MuSchG; BAG AP Nr. 1 zu § 1 GesamthafenbetriebsG.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 96.

3) Auch der dem Begriff "Unternehmer" zugrunde liegende Begriff des "Unternehmens" ist im Arbeitsrecht von großer Bedeutung; vgl. z.B. § 1 KSchG, §§ 46 ff und 67 ff BetrVG.

4) Vgl. Dietz, BetrVG § 1 Anm. 40.

Sechstes Kapitel

DIE AUSWIRKUNGEN RECHTLICHER VERÄNDERUNGEN DER
GESELLSCHAFT AUF DIE ARBEITSVERHÄLTNISSE

Zweites Kapitel

DIE TRÄGER DER ARBEITGEBEREIGENSCHAFT BEI DEN PERSONENHANDELSGESELLSCHAFTEN

I. Vorbemerkung

Als Folge der Erkenntnis, daß der Arbeitgeberbegriff sich nicht notwendig mit einer einzelnen natürlichen Person verbindet, sondern die zusammenfassende Bezeichnung für eine Reihe von Funktionen ist, erhebt sich auch für die Personenhandelsgesellschaften die Frage, wer bei diesen Gesellschaften als Arbeitgeber anzusehen ist. Die Feststellung des Arbeitgebers ist in diesem Zusammenhang aus doppeltem Grund wichtig: Einmal geht es darum zu wissen, wer bei einer solchen Gesellschaft gemeint ist, wenn vom Arbeitgeber oder einem entsprechenden Begriff (Unternehmer, Chef) die Rede ist. Zum anderen ist die Bestimmung der arbeitsrechtlichen Funktionsträger für die im folgenden Kapitel zu erörternde Frage von Bedeutung, ob und gegebenenfalls inwieweit die Vorschriften über die Vertretung der OHG und der KG auf arbeitsrechtliche Geschäfte und Rechtshandlungen anzuwenden sind. Denn eine Vertretung und daraus folgend eine Verpflichtung der Gesellschaft kommt überhaupt nur dann in Betracht, wenn derartige Geschäfte und Rechtshandlungen Namen der Gesellschaft vorgenommen werden, die wahrgenommene Arbeitgeberfunktion also dem Gesellschafterverband zusteht¹.

Es ergeben sich je nach Art und Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses die Möglichkeiten, daß die Gesamthand aller Gesellschafter, die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung berufenen Gesellschafter²

1) Vgl. S. 33 ff.

2) Im folgenden werden diese auch als "Organgesellschafter" oder "Organ" bezeichnet. Gegen derartige Bezeichnungen wendet sich Groschuff, JW 1939, 425 mit der Begründung, daß die Gesamthand bei der OHG und der KG nicht wie bei juristischen Personen mittelbar durch Organe, sondern nach Maßgabe der §§ 125, 161 II, 170 HGB unmittelbar durch die Gesamthänder selbst vertreten werde. Es trifft zu, daß die Personenhandelsgesellschaften keine juristischen Personen sind (vgl. hierzu statt vieler Hueck, OHG S. 23 mit Hinweisen auf weitere Literatur und Rechtsprechung in Anm. 12), die vertretungsberechtigten Ge-

oder - im Sinne einzelner Funktionen - beide Arbeitgeber-eigenschaft besitzen. Dabei kommt die Arbeitgeber-eigenschaft - gleichgültig ob im vermögensrechtlichen oder im personenrechtlichen Sinne - nur demjenigen zu, dem eine Arbeitgeberfunktion als ursprünglichem Rechts- oder Pflichtenträger obliegt. Personen, denen - wie etwa angestellten Geschäftsführern, Prokuristen oder sonstigen leitenden Angestellten - vom Arbeitgeber nur die Ausübung der Arbeitgeberfunktionen in bestimmtem Umfang übertragen ist, sind nicht Arbeitgeber¹.

II. Die Träger der Arbeitgeberfunktionen aus dem Einzelarbeitsverhältnis.

1) Das Arbeitsverhältnis ist zunächst einmal ein privatrechtliches, auf Dauer angelegtes Schuldverhältnis. Dessen Inhalt bestimmt sich in erster Linie nach den im Arbeitsvertrag getroffenen Vereinbarungen. Zum Inhalt des Schuldverhältnisses gehört auch, wer Träger der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ist, so daß auch diese Frage dem Parteiwillen unterworfen ist.

Es gilt darum in erster Linie diesen Willen zu erforschen.

Der Betrieb des Handelsgewerbes der OHG und der KG muß un-

sellschafter deshalb streng genommen die Gesellschafter vertreten. Beim Auftreten nach außen überwiegt jedoch der Einheitsgedanke. Die Gesellschafter treten nicht als voneinander unabhängige Einzelpersonen, sondern als geschlossene Gemeinschaft auf. Insofern nähern sich die Personenhandelsgesellschaften juristischen Personen (ebenso Hueck OHG S. 24, 196; RGZ 136, 406; mit Einschränkung auch Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 124 Anm. 1). Es erscheint deshalb auch ein Vergleich des vertretungsberechtigten Gesellschafters mit dem Organ der juristischen Person gerechtfertigt, ebenso wie auch § 31 BGB entsprechend anwendbar ist. Wie hier Hueck, OHG S. 201 mit Anm. 2; Fischer NJW 1954, 778 (Anm. 4); Baumbach-Duden § 125 Anm. 1 B. Auch Schlegelberger-Geßler § 125 Anm. 2 bezeichnen die Vertretung durch Gesellschafter aufgrund Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages als "organschaftliche" Vertretung; ebenso BGHZ 33, 108.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 89, 90; Nikisch I, S. 145.

ter der gemeinschaftlichen Firma (§ 105 I BGB), also im Namen der Gesellschaft erfolgen. So werden auch Arbeitsverträge, welche diese Gesellschaften unter ihrer Firma eingehen, im Namen der Gesellschaft, das heißt aber im Namen der Gemeinschaft aller Gesellschafter geschlossen. Auch der Arbeitnehmer will das Arbeitsverhältnis in aller Regel gegenüber der Gesellschaft eingehen¹. Daß nach dem Willen der Vertragschließenden der Arbeitnehmer gleichzeitig der Gesellschaft und einzelnen, vor allem den Gesellschaftern verpflichtet sein soll, die ihn eingestellt haben, wird man hingegen nur annehmen können, wenn eine entsprechende ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung vorliegt². Von diesen seltenen Ausnahmefällen abgesehen, wird der Wille beider Partner des Arbeitsvertrages stets dahingehen, daß der Gesellschafterverband Träger aller Arbeitgeberrechte und -pflichten ist.

2) Einzelne Gesellschafter, insbesondere Organgesellschafter, wird man infolgedessen als Träger von Arbeitgeberfunktionen und in diesem Sinne auch begrifflich als Arbeitgeber nur dann ansehen können, wenn sich erweisen sollte, daß der Gesellschafterverband in Anbetracht der personenrechtlichen Ausgestaltung mancher Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht fähig ist, Träger solcher Rechte und Pflichten zu sein³.

Das Arbeitsverhältnis ist zunächst darauf gerichtet, daß der Arbeitnehmer seine Arbeit leistet und der Arbeitgeber ihm hierfür den vereinbarten Lohn bezahlt (§ 611 BGB). Das Recht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung und seine Pflicht zur Lohnzahlung lassen sich - da ihnen ohne weiteres Vermögenswert zukommt - als vermögensrechtliche Arbeitgeberfunktionen bezeichnen.

1) ebenso Pakebusch S. 61; RAG ARS 15, 467.

2) Beispiele vgl. S. 73 ff.

3) Vgl. die Ausführungen zum funktionellen Arbeitgeberbegriff S. 18 ff.

Das Arbeitsverhältnis baut nun zwar auf diesen Elementen von Leistung und Gegenleistung auf. Es läßt jedoch als ein regelmäßig auf Dauer eingegangenes Unterordnungsverhältnis gewisse personenrechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten entstehen. So ist auch höchstrichterlich anerkannt, daß das Arbeitsverhältnis wesentlich durch die auf Treue und Fürsorge gegründete personenrechtliche Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber mitbestimmt wird¹. Diese personenrechtliche Bindung modifiziert den Pflichtenkreis der am Arbeitsvertrag Beteiligten, indem sie über die auf Austausch von Lohn und Arbeit gerichteten Pflichten hinausgehend einen weiteren Pflichtenkreis schafft. Hierzu zählen auf Seiten des Arbeitgebers insbesondere die Fürsorgepflicht und die daraus folgenden Einzelpflichten. Aber auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers gehört hierher; denn gerade die Befugnis des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Anweisungen zu geben und die entsprechende Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers sind sichtbarster Ausdruck der personenrechtlichen Bindung zwischen beiden.

Es fragt sich, ob solche personenrechtlich ausgestalteten Rechte und Pflichten, die wegen dieser Eigenart im folgenden als personenrechtliche Arbeitgeberfunktionen bezeichnet werden, zu Gunsten und zu Lasten der Gesamthand begründet werden können oder ob die Wesensart der Personenhandelsgesellschaften oder die Eigenart dieser Arbeitgeberfunktionen selbst dies verbieten.

a) Die Fähigkeit, unter ihrer Firma Verträge abzuschließen und Träger der daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten zu sein, wird den Personenhandelsgesellschaften in § 124 I HGB² ausdrücklich zuerkannt. Welche Rechte von der

1) Vgl. RAG ARS 33, 172; 37, 230; 40, 286; BAG v. 24.2.1955, AP Nr. 2 zu § 616 BGB; BGHZ 10, 187 (190).

2) Für die KG über § 161 II HGB anwendbar.

Gesellschaft unter ihrer Firma erworben werden können, besagt diese Bestimmung nicht näher. Ausdrücklich wird nur, was an sich überflüssig ist¹, der Erwerb von Eigentum und anderen dinglichen Rechten genannt. Wenn aber schon ohne ausdrückliche Beschränkung bestimmt ist, daß die Personenhandelsgesellschaften die Fähigkeit besitzen, unter dem Firmennamen Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzusehen, so kann sich eine Beschränkung nur mehr aus der Natur dieser Gesellschaften ergeben².

Zum Wesen der Personenhandelsgesellschaften gehört, daß ihr Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist³, wobei der Begriff des Gewerbes seinerseits die Absicht voraussetzt, Gewinn zu erzielen⁴. Die Personenhandelsgesellschaften können deshalb nur solche Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, die mit ihrer Natur als Erwerbsgesellschaften vereinbar sind⁵.

Wenn Personenhandelsgesellschaften Arbeitnehmer einstellen, so geschieht dies in aller Regel, um mit deren Unterstützung eben den Gesellschaftszweck zu verwirklichen. Die im Namen der Gesellschaft begründeten Arbeitsverhältnisse dienen also regelmäßig dem von ihr betriebenen Handelsgewerbe, so daß ihre Vereinbarkeit mit dem Erwerbszweck, zu dem die Gesellschaft notwendig besteht, in solchen Fällen außer Frage steht.

Aber auch Arbeitsverhältnisse, die zwar von der Gesellschaft, jedoch nicht zur Verfolgung des Gesellschaftszweck

1) Vgl. Schlegelberger-Geßler § 124 Anm. 4.

2) Vgl. Hueck, OHG S. 197; Schlegelberger-Geßler § 124 Anm. 4; Wieland S. 423, 615; Weipert in RGRK Z. HGB § 124 Anm. 6; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 124 Anm. 2.

3) Vgl. §§ 105 I, 161 I HGB.

4) Vgl. Hueck, OHG S. 3

5) Vgl. Hueck, OHG S. 197; Schlegelberger-Geßler § 124 Anm. 4; Wieland S. 423, 615; Weipert in RGRK Z. HGB § 124 Anm. 6; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 124 Anm. 2.

eingegangen sind, wie beispielsweise die Anstellung eines Gärtners zur Pflege der privaten Gärten der Gesellschafter, sind zumindest nicht unvereinbar mit der Erwerbsnatur der Gesellschaften.

Vom Gesellschaftszweck her gesehen ist deshalb auch die Begründung solcher Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu Gunsten und zu Lasten des Gesellschafterverbandes als zulässig anzusehen, die personenrechtlichen Charakter haben.

b) Auf der anderen Seite hindert auch nicht die Eigenart der personenrechtlichen Arbeitgeberfunktionen selbst, den Gesellschafterverband, also statt einer einzelnen natürlichen Person eine Vielheit von möglicherweise auch juristischen Personen als Träger dieser Funktionen und insoweit als Arbeitgeber anzusehen. Denn anders als etwa die Rechte und Pflichten aus Verwandtschaft (z.B. das gesetzliche Erbrecht oder die Unterhaltspflicht) können das Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer oder die Fürsorgepflicht ihrem Wesen nach nicht nur Einzelpersonen, sondern auch mehreren Personen gemeinsam zustehen.

c) Schließlich können die personenrechtlichen Arbeitgeberfunktionen ebenso wie die sonstigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis von der Gesellschaft auch ausgeübt werden¹. Für die nach außen als geschlossene Einheit auftretende Gesellschaft² handeln die Organgesellschafter, also diejenigen Gesellschafter, die entweder kraft Gesetzes oder aufgrund des Gesellschaftsvertrages zur Vertretung der Gemeinschaft der Gesellschafter berufen sind³. Nach welchen

1) Die Personenhandelsgesellschaften sind zum Erwerb von Rechten nur insoweit befähigt, als diese auch von den jeweiligen Vertretern der Gesellschaft ausgeübt werden können; vgl. Wieland S. 615; Schlegelberger-Geßler § 124 Anm. 4; ferner hier S. 18 ff.

2) Vgl. Hueck, OHG S. 196.

3) Vgl. Hueck, OHG S. 198.

Grundsätzen dies geschieht, ist für den arbeitsrechtlichen Bereich im folgenden Kapitel¹ noch zu untersuchen. Sofern Gesellschafter, die juristische Personen sind, die Gesellschaft vertreten², werden diese ihrerseits bei der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten für die Gesellschaft durch ihre Organe vertreten.

3) Es kann somit als Ergebnis festgehalten werden, daß bei den Personenhandelsgesellschaften Arbeitgeber im vermögensrechtlichen wie im personenrechtlichen Sinne grundsätzlich alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit sind³. Hiervon werden - wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend andere Vereinbarungen getroffen werden - auch die Partner des Arbeitsvertrages in aller Regel ausgehen. Das Wesen der Personenhandelsgesellschaften und der personenrechtliche Charakter verschiedener Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis stehen dieser Annahme jedenfalls nicht entgegen.

Die Organgesellschafter der OHG und der KG sind demnach nur in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Gesellschafterverbandes Arbeitgeber, und zwar auch im personenrechtlichen Sinne. Zwar wäre es begrifflich denkbar, die Geschäftsführer bzw. die Vertreter der Gesellschaft - wie es bei den Organen der Kapitalgesellschaften geschieht⁴ - als "Arbeitgeber im personenrechtlichen Sinne" zu bezeichnen, mit der Folge, daß sie wie jene ungeachtet ihrer sonstigen Vertretterstellung die personenrechtlichen Arbeitgeberfunktionen

1) Vgl. S. 31 ff.

2) Daß juristische Personen mit derselben Rechtsstellung wie natürliche Personen Gesellschafter der OHG und der KG sein können, wird heute allgemein bejaht; vgl. statt vieler Hueck (S. 16 ff.).

3) Vgl. Dersch, AR-Blattei, Arbeitgeber I (B IV); Dietz, BetrVG § 1 Anm. 28; Dersch-Volkmar § 5 Anm. 1 33; Pakebusch S. 41; Abweichend Goetz Hueck, Betrieb 62, 1366, der (bei der KG) nur die Gesamthand sondern die Komplementäre als Arbeitgeber im personenrechtlichen Sinne ansieht. Bei der Lösung des immanen dieser Arbeit besonders bedeutsamen Problems, ob ein Gesellschafter zugleich Arbeitnehmer seiner Gesellschaft sein kann, führt diese Auffassung jedoch nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen; vgl. dazu S. 143 mit Anm. 2.

4) Vgl. die Ausführungen zum funktionellen Arbeitgeberbegriff S. 18 ff.

cht für die Gesellschaft, sondern im eigenen Namen aus-
en würden¹. Dies scheitert jedoch an der Erwägung, daß
e Personenhandelsgesellschaften - wie sich ergeben hat -
rchaus in der Lage sind, Träger auch der personengebun-
nen Arbeitgeberfunktionen zu sein und dies nach dem Wil-
n der Beteiligten auch sein sollen. Es besteht darum kei-
Veranlassung sie insoweit nicht auch begrifflich als Ar-
itgeber anzusehen. Richtiger erscheint vielmehr, die
aft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung
r OHG und der KG berufenen Gesellschafter wegen ihrer
mit verbundenen ausschließlichen Befugnis zur Wahrneh-
ng der Arbeitgeberfunktionen für den Gesellschafterver-
nd² als "arbeitgeberähnliche Personen" zu bezeichnen³.

I. Die Träger der gesetzlichen Arbeitgeberfunktionen

e Auffassung, daß die Organgesellschafter einer OHG oder
im allgemeinen nicht Arbeitgeber sind, und zwar auch
cht im Sinne einzelner Funktionen, findet eine weitere
ütze darin, daß die Fälle, in denen solche Gesellschafter
e Funktionen eines Arbeitgebers wahrnehmen können, im Ge-
tz jeweils ausdrücklich bestimmt sind.

schreibt beispielsweise das Arbeitsgerichtsgesetz für
e Berufung zum Arbeitsrichter vor, daß bei Betrieben ei-
r Personengesamtheit auch Personen zu Arbeitsrichtern
s Kreisen des Arbeitgebers berufen werden können, welche
aft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages allein oder als
tglieder eines Vertretungsorgans zur Vertretung der Per-
nengesamtheit berufen sind (§ 22 II 1).

So Dersch, AR-Blattei, Arbeitgeber I (CIIa), der aller-
dings außeracht läßt, daß die Rechtsbeziehungen der Ge-
sellschaft zu ihren Arbeitnehmern das Außenverhältnis
der Gesellschaft betreffen, und infolgedessen die Ge-
schäftsführer, nicht aber die Vertreter als Arbeitgeber
ansieht.

Vgl. dazu die Ausführungen im dritten Kapitel, S.31ff(39).
So Pakebusch S. 24.

Gleiches bestimmt das Sozialgerichtsgesetz über die Berufung der Sozialrichter aus Kreisen der Arbeitgeber (§ 16 IV 2). Für die Zusammensetzung der Organe der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung gelten nach dem Selbstverwaltungsgesetz als Arbeitgeber auch deren gesetzliche Vertreter oder Geschäftsführer (§ 2 VII 4).

Den Gesellschaftern obliegen die genannten Arbeitgeberfunktionen zwar aufgrund gesetzlicher Regelung. Das Gesetz knüpft seine Rechtsfolgen jedoch an die auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende Rechtsstellung der Organgesellschafter. Das Recht dieser Gesellschafter leitet sich darum letztlich stets - wenn auch nur mittelbar - vom Willen des Gesellschafterverbandes ab. Die Gesellschafter sind also auch hinsichtlich dieser gesetzlich vorgesehenen Funktionen nicht selbst Arbeitgeber. Sie handeln vielmehr als Vertreter des Gesellschafterverbandes, der auch insoweit Arbeitgeber ist. Die Organgesellschafter haben auch hier nur die Stellung von "arbeitgeberähnlichen Personen"¹.

1) Vgl. S. 29.

Drittes Kapitel

DIE VERTRETUNG DER PERSONENHANDELSGESELLSCHAFTEN IM ARBEITSRECHT

I. Vorbemerkung

Die OHG und die KG sind "Außengesellschaften", die unter ihrer Firma in mannigfaltige Rechtsbeziehungen zu außerhalb der Gesellschaft stehenden Personen treten. Sie besitzen einerseits zwar keine Rechtsfähigkeit, sondern sind lediglich Personenvielheiten¹, andererseits aber macht es die gesamthänderische Verbundenheit der Gesellschafter untereinander notwendig, daß im Rechtsverkehr ein oder mehrere Gesellschafter für den Gesellschafterverband auftreten. Diese sogenannte "organschaftliche" Vertretung² ist in den §§ 125, 126, 161 II und 179 HGB zwingend geregelt.

Im Folgenden gilt es nun zu prüfen, ob diese Vorschriften auch im arbeitsrechtlichen Bereich, das heißt bei der Ausübung von Arbeitgeberfunktionen, Anwendung finden oder ob und inwieweit die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses Abweichungen oder Ergänzungen erfordert³.

II. Die Anwendung der handelsrechtlichen Vertretungsregeln im Arbeitsrecht

Der Umfang der Vertretungsmacht der Gesellschafter bestimmt sich nach § 126 HGB (für die KG über § 161 II HGB anwendbar). Danach erstreckt sich die Vertretungsmacht auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen. Ihre Grenzen finden sie an den Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses. Die Vertretungsmacht umfaßt deshalb nicht solche Geschäfte, die das "innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander" betreffen, wie z.B. die An-

1) Vgl. S. 22 Anm. 2.

2) Vgl. S. 22 Anm. 2.

3) Vgl. auch BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB (Haftung des Arbeitnehmers), wonach es in jedem Falle einer Prüfung bedarf, ob die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses die Anwendung bürgerlichrechtlicher Vorschriften zuläßt.

erung des Gesellschaftsvertrages oder die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht¹. Dagegen erstreckt sie sich auf alle Geschäfte mit außerhalb der Gesellschaft stehenden "dritten" Personen.

Die Anwendung der Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Vertretung der OHG und der KG setzt somit auch im Bereich des Arbeitsrechtes dreierlei voraus: Es muß sich um Geschäfte oder Rechtshandlungen "der Gesellschaft" handeln. Die Geschäfte und Rechtshandlungen müssen solche im Sinne des § 126 HGB sein. Schließlich müssen die Partner dieser Geschäfte und Rechtshandlungen "außerhalb" der OHG oder KG stehen.

. Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen als Geschäfte oder Rechtshandlungen "der Gesellschaft".

Nur soweit Geschäfte oder Rechtshandlungen durch einen Gesellschaftler im Namen der Gesellschaft vorgenommen werden, wobei es ausreicht, wenn die Umstände erkennbar ergeben, daß der Gesellschaftler im Namen der Gesellschaft handelt², erlangt die Frage der Vertretung Bedeutung. Denn Vertretung ist Handeln für und im Namen eines anderen, der selbst nicht handeln kann oder will. Die handelsrechtlichen Vorschriften über die Vertretung der OHG und der KG sind daher ausschließlich auf Geschäfte und Rechtshandlungen der Gesellschaften, also der gesamthänderischen Verbundenheiten der Gesellschaftler anwendbar.

Nach dem Ergebnis der Untersuchung im vorhergehenden Kapitel³ ist bei der OHG und der KG stets die unter dem einheitlichen Firmennamen zusammengefaßte Gesamtheit der Ge-

-
-) Vgl. Hueck, OHG S. 212; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 7; Weipert in RGRK. z. HGB § 126 Anm. 6; Baumbach-Duden § 126 Anm. 1 D.
 -) Vgl. § 164 BGB; ferner RGZ 119, 64; BGHZ v. 24.2.1953, LM Nr. 1 zu § 51 ZPO.
 -) Vgl. S. 28 ff.

sellschafter Träger aller arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten. Arbeitgeber ist immer der Gesellschafterverband. Daraus folgt, daß die Ausübung arbeitsrechtlicher Rechte und die Erfüllung solcher Pflichten Angelegenheit der Gesellschaft ist und durch einzelne Gesellschafter nur im Namen der Gesellschaft erfolgen kann¹.

Damit aber ist die erste Voraussetzung für die Anwendung der Vertretungsregeln auf arbeitsrechtliche Geschäfte und Rechtshandlungen erfüllt: arbeitsrechtliche Maßnahmen sind immer Geschäfte oder Rechtshandlungen "der OHG" oder "der KG".

2. Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen als Geschäfte und Rechtshandlungen im Sinne des § 126 HGB

Die Vorschrift des § 126 I HGB ergänzt die Bestimmung des § 124 I HGB, der ausspricht, daß die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann². Bei all diesen Handlungen wird die Gesellschaft durch die nach § 125 HGB zu ihrer Vertretung berufenen Gesellschafter vertreten. Die Vertretungsmacht dieser Gesellschafter hat denkbar weitesten Umfang. Die Vertreter der Gesellschaft können alle Handlungen vornehmen, die das Bestehen der Gesellschaft überhaupt mit sich bringt³. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut. Die Vertretungsbefugnis erstreckt sich danach auf alle Rechtsgeschäfte, also auf alle Willenserklärungen, die einen Erfolg bezwecken,

1) Vgl. Pakebusch S. 62

2) Vgl. Weipert in RGRK z. HGB § 126 Anm. 2.

3) Vgl. Weipert in RGRK z. HGB § 126 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 3; Düringer-Hachenburg-Flecht-heim § 126 Anm. 2; Baumbach-Duden § 126 Anm. 1 A; Hueck, OHG S. 210 ff.

müssen sie einseitig sein oder im Rahmen eines Vertrages erfolgen, abgegeben oder entgegengenommen werden (passive Vertretung). Sie umfaßt aber auch alle Rechtshandlungen, die, ohne Rechtsgeschäfte zu sein, kraft Gesetzes rechtserhebliche Wirkungen auslösen, nämlich die sogenannten rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen¹.

Dagegen kommt eine Vertretung bei sonstigen Handlungen nicht in Betracht. Insbesondere unterliegen Realakte nicht der Vertretung.

Die arbeitsrechtlich bedeutsamen Handlungen gehören regelmäßig einer der beiden Handlungsarten an, welche der Vertretung unterliegen. Entweder handelt es sich um Willenserklärungen oder um rechtsgeschäftsähnliche Handlungen.

So sind die zum Abschluß eines Arbeitsvertrages mit einem Arbeitnehmer, zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen von Seiten der Gesellschaft erforderlichen Handlungen Willenserklärungen. Ebenso sind Willenserklärungen die Kündigung von Arbeitsverhältnissen sowie die Erklärungen zum Beitritt zu einer Arbeitgeberorganisation oder zum Austritt daraus. Auch alle Prozeßhandlungen sind ihrem materiellen Rechtscharakter nach Willenserklärungen. Schließlich sind dies auch die dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erteilten Weisungen. In der Weisung liegt der Wille des Arbeitgebers, die Arbeitspflicht eines Arbeitnehmers im einzelnen auszugestalten. In Gestalt der Weisung tut der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kund, auf welche Weise, an welchem Ort und zu welcher Zeit er die Arbeit geleistet haben will, zu der der Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsverhältnisses verpflichtet ist². Mit Recht geht deshalb die herrschende Lehre³ davon aus,

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey S. 865.

2) Vgl. S. 18.

3) Vgl. Hueck, OHG S. 212 u. Gesellschaftsrecht S. 74; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 5; Wieland S. 591 Anm. 31; Ritter § 126 Anm. 2.

daß auch die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erteilten Weisungen Willenserklärungen sind. Sie als "tatsächliche Willensakte" anzusehen, welche - ähnlich dem Eintritt einer Bedingung - den nur als Rahmenverpflichtung begründeten Dienstvertrag ausfüllen¹, ist dagegen keine brauchbare Konstruktion.

Sofern die vom Arbeitgeber zu treffenden Maßnahmen nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärungen sind, weil sich ihre Rechtswirkung nicht oder nicht ausschließlich nach dem Willen des Arbeitgebers bestimmt, haben sie in aller Regel zumindest rechtsgeschäftsähnlichen Charakter. Dies gilt namentlich für alle Handlungen, welche der Arbeitgeber in Erfüllung von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vornimmt. Ob er in seiner Eigenschaft als Inhaber des Betriebes den Lohn zahlt oder in seiner Eigenschaft als Vorgesetzter Auskünfte erteilt und Zeugnisse ausstellt, stets qualifiziert der in einer solchen Handlung liegende Erfüllungswille die Maßnahme des Arbeitgebers als Rechtshandlung. Auch mit den Maßnahmen zur Erfüllung der gesetzlichen Arbeitgeberpflichten, etwa der Arbeitnehmerschutzpflichten, den Pflichten aus der Betriebsverfassung oder Anmelde- und Abführungspflichten in der Sozialversicherung verleiht der Arbeitgeber seinen Willen Ausdruck, den gesetzlichen Vorschriften nachzukommen. Damit aber sind sie - mag ihre Rechtswirkung auch unmittelbar durch Gesetz bestimmt sein - als geschäftsähnliche Handlungen gekennzeichnet.

Die zweite der für die Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaftsvertretung notwendigen Voraussetzungen ist demnach ebenfalls erfüllt: Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen sind regelmäßig Geschäfte oder Rechtshandlungen im Sinne des § 126 HGB. Dabei ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber sie in seiner Eigenschaft als Inhaber des Betriebes

1) So v. Godin JR 48, 62.

oder als persönlicher Vorgesetzter seiner Arbeitnehmer vornimmt.

3. Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen als Geschäfte oder Rechtshandlungen gegenüber "Dritten".

Es bleibt zu untersuchen, ob es sich bei den arbeitsrechtlichen Maßnahmen um Geschäfte und Rechtshandlungen gegenüber außerhalb der Gesellschaft stehender dritten Personen handelt.

Anlaß zu Bedenken könnte die besondere Rechtsstellung des Arbeitnehmers bieten, die notwendig dadurch gekennzeichnet ist, daß der Arbeitnehmer in persönlicher Abhängigkeit zu seinem Arbeitgeber steht. Arbeitgeber und Arbeitnehmer verknüpfen gewisse persönliche Treuebeziehungen, weshalb man das Arbeitsverhältnis heute allgemein als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis bezeichnet¹. Auch höchststrichterlich ist anerkannt, daß das Arbeitsverhältnis wesentlich durch die auf Treue und Fürsorge begründete personenrechtliche Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mitbestimmt ist².

Diese auf der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber beruhende personenrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses ist es, welche es aus dem Kreis anderer Schuldverhältnisse heraushebt³ und dazu berechtigt, es als "Innenverhältnis" zu bezeichnen im Unterschied zu den sonstigen Rechtsbeziehungen des Arbeitgebers, die dem "Außenverhältnis" in diesem Sinne angehören. Es handelt sich jedoch dabei um das Innenverhältnis des Betriebes im Sinne des internen Geschäftsbetriebes. Dies ist nicht zu verwechseln mit dem "inneren Gesellschaftsverhältnis", worunter man die Beziehungen der Gesellschafter untereinander

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S.129 und die dort in Anm. 7 angegebene weitere Literatur.

2) Vgl. S.25 Anm. 1.

3) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor § 611 Anm. 34.

der versteht. Eine solche Verwechslung führt leicht dazu, alle Tätigkeit im Bereich des inneren Geschäftsbetriebes als zur Geschäftsführung und die Tätigkeit im Bereich des Außenverhältnisses des Betriebes als zur Vertretung der Gesellschaft gehörig anzusehen¹. Wie aber das Beispiel des Einkaufs von Rohstoffen oder Maschinen für die Fabrikation zeigen mag, kann eine Tätigkeit, welche dem Bereich des internen Geschäftsbetriebes betrifft, durchaus auch zur Vertretung gehören. Für die Frage, ob es sich um Geschäfte oder Rechtshandlungen der Gesellschaft mit "Dritten" handelt, ist deshalb nicht entscheidend, ob diese das äußere oder innere Verhältnis des Betriebes betreffen. Es kommt folglich auch nicht darauf an, ob und gegebenenfalls inwieweit der Arbeitgeber mit seinem Gegenpart personenrechtlich verbunden ist.

Maßgebend ist allein die Rechtsstellung dessen, mit dem der Arbeitgeber ein Geschäft tätigt oder demgegenüber er eine Rechtshandlung vornimmt. Dieser muß hinsichtlich des Geschäfts oder der Rechtshandlung außerhalb des Gesellschafterverbandes stehen; denn während die Geschäftsführung auf die interne Verantwortlichkeit der Gesellschafter untereinander bezieht, betrifft die Vertretung die Zuständigkeit im Verhältnis der Gesellschaft zu einer außerhalb des Gesellschaftsverbandes stehenden Person².

Dies sind einmal alle Personen, die nicht Gesellschafter der betreffenden OHG oder KG sind. Um Nichtgesellschafter, aber, also um "Dritte", handelt es sich in aller Regel³ auch bei den Personen, denen eine OHG oder KG in ihrer E

1) So Weipert in RGRK z. HGB § 126 Anm. 11; dazu vgl. S. Anm. 1; wie hier Hueck, OHG S. 212 Anm. 51.

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann S. 735.

3) Eine Ausnahme bilden Gesellschafter, die zugleich Arbeitnehmer ihrer Gesellschaft sind. Vgl. S. 138 ff.

nschaft als Arbeitgeber gegenübertritt, ob es nun der einzelne Arbeitnehmer¹, die Belegschaft eines Betriebes, ein Berufsverband oder der Staat ist.

er auch einzelne Gesellschafter sind - wenn sie in einem Arbeitsverhältnis zu ihrer Gesellschaft stehen² - hinsichtlich der daraus entstehenden Rechtsbeziehungen wie außerhalb der Gesellschaft stehende Dritte zu behandeln. Der Gesellschafter hat als Arbeitnehmer die gleiche rechtliche Stellung wie andere Arbeitnehmer der Gesellschaft³ mit der Folge, daß insoweit seine Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft grundsätzlich Gegenstand der Vertretung der Gesellschaft sind. Es handelt sich hier ebenso wie in anderen Fällen der Vertretung gegenüber Dritten um eine Vertretung der Gesellschaft nach außen gegenüber einem "Drittgläubiger". Daß dieser zugleich Gesellschafter ist, kann die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung nicht rechtfertigen⁴.

Ergebnis

Die Voraussetzungen, welche das Gesetz für die Anwendung der handelsrechtlichen Vertretungsregeln fordert, sind also auch bei arbeitsrechtlichen Maßnahmen gegeben. Alle Geschäfte und Rechtshandlungen einer OHG oder KG im Bereich des Arbeitsrechts einschließlich Abschluß und Kündigung von Arbeitsverträgen sowie Erteilung von Weisungen unterliegen somit der Vertretung der Gesellschaft. Sie können mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft grundsätzlich nur von den gemäß § 125 HGB zu deren Vertretung berufenen Gesellschaftern vorgenommen werden⁵. Da

Vgl. Hueck, OHG S.212 und Gesellschaftsrecht S. 74; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4.

Zur Zulässigkeit von Arbeitsverhältnissen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern vgl. S.138 ff.

Vgl. S. 176 ff.

Vgl. Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 17.

Vgl. Hueck, OHG S.212 und Gesellschaftsrecht S.74; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 5; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm.4; Ritter § 126 Anm. 2; Wieland S. 591 Anm. 31; Königs Betrieb 1955,753; BAG v.20.10.1960, BB 61,95 (Nr.195) für den Abschluß und die Kündigung von Arbeitsverträgen. Hinsichtlich Weisungen an Arbeitnehmer abweichend Großmann JW 12,775; v.Godin, JR 48,62; Titze in Ehrenbergs Handbuch II,

die Vertretungsmacht auch die passive Vertretung umfaßt, können Willenserklärungen arbeitsrechtlicher Art gegenüber der Gesellschaft - wie etwa die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer - ebenso grundsätzlich nur von den vertretungsbefugten Gesellschaftern entgegengenommen werden.

III. Ergänzung der handelsrechtlichen Vertretungsregeln durch die Vollmacht für von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter

In der Praxis erweist sich die ausschließliche Anwendung der Vertretungsregeln vielfach als ungenügend. So sollte beispielsweise ein von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossener Gesellschafter, dem die Leitung des Fabrikationsbetriebes des Unternehmens übertragen ist, doch in der Lage sein, die arbeitsrechtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die ihm zugewiesene Geschäftstätigkeit naturgemäß mit sich bringt, auch wenn sie das Außenverhältnis der Gesellschaft betreffen und deshalb Gegenstand der Vertretung sind. Insbesondere muß er, um die ihm gestellte Aufgabe mit Hilfe der Arbeiter der Gesellschaft überhaupt erfüllen zu können, befugt sein, den Arbeitern und Angestellten Anweisungen zu geben, wie sie ihre Arbeit im einzelnen zu verrichten haben.

Das Bedürfnis, in derartigen Fällen auch von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter mit Wirkung

S. 555, die insoweit ausschließlich die Grundsätze über die Geschäftsführung anwenden wollen, und Weipert in RGRK z.H. § 126 Anm. 11, der zwischen Anweisungen unterscheidet, die die Verrichtungen im "inneren Verhältnis der Gesellschaft" und solchen, die die Verrichtungen im "äußeren Verhältnis der Gesellschaft" zum Gegenstand haben. Im einen Falle sollen die Grundsätze der Geschäftsführung und im anderen Falle die Regeln der Vertretung für die Befugnisse der Gesellschafter gegenüber den Arbeitnehmern maßgebend sein. Zum inneren Verhältnis der Gesellschaft rechnet er die Fabrikation. Dabei jedoch - wie bereits im Text S. 37 ausgeführt ist - das Innenverhältnis des Betriebes mit dem Innenverhältnis der Gesellschaft verwechselt; vgl. Hueck, OHG S. 212 Anm. 5.

gegen die Gesellschaft tätig werden zu lassen, ist allgemein anerkannt¹. Insbesondere wird auch die Notwendigkeit eines Weisungsrechts solcher Gesellschafter gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft im Rahmen ihrer Tätigkeit beachtet². Dabei wird in erster Linie an Gesellschafter, die aufgrund des Gesellschaftsvertrages zur Führung der Geschäfte berufen sind³, gedacht. Doch stellt sich je nach Art und Umfang der ihnen zugeteilten Aufgaben das Problem in gleicher Weise für solche Gesellschafter, die aufgrund eines geänderten Anstellungsverhältnisses, insbesondere auch auf der Grundlage eines echten Arbeitsverhältnisses für die Gesellschaft tätig sind⁴.

Schon an dieser Stelle sei jedoch nochmals⁵ betont, daß auch Gesellschafter, die zur Vertretung gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft befugt sind, ohne dieses Vertretungsrecht aus dem Gesellschaftsverhältnis herzuleiten, nicht Arbeitgeber sind, und zwar auch nicht im nur personenrechtlichen Sinne. Ob einem von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter Handlungsvollmacht oder - was die rechtlich und tatsächlich brauchbarste Lösung sein dürfte - Prokura erteilt wird, ihm wird lediglich die Ausübung der Arbeitgeberfunktionen in bestimmtem Umfange übertragen, während Träger dieser Funktionen und damit Arbeitgeber der Gesellschafterverband bleibt⁶.

Vgl. Hueck, OHG S.212; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 6; Ritter § 126 Anm. 2.

Vgl. Hueck, OHG S.212; Weipert in RGRK z.HGB § 126 Anm.11. Zwar decken sich Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der Regel. Doch ist anerkannt, daß Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrages zur Führung der Geschäfte berechtigt sein können, während ihnen die Vertretung der Gesellschaft durch den Gesellschaftsvertrag entweder nicht übertragen werden kann (wie bei Kommanditisten, § 170 HGB) oder entzogen ist (§ 125 I HGB); vgl. Hueck, OHG S. 83 ff, 203; Schlegelberger-Geßler § 114 Anm. 2 und § 125 Anm. 2; Weipert in RGRK z.HGB § 114 Anm.2. Zu den verschiedenen Rechtsgrundlagen der Tätigkeit von Gesellschaftern für die Gesellschaft und ihrer Abgrenzung vgl. die Ausführungen im 7. Kapitel, S. 131 ff. wie bereits S. 23 mit Anm. 1
Vgl. S. 28.

1. Ausdrückliche Bevollmächtigung

Dem Bedürfnis nach einer Befugnis der von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, unter bestimmten Voraussetzungen die Gesellschaft doch zu vertreten, kann in erster Linie durch eine entsprechende ausdrückliche Bevollmächtigung der betreffenden Gesellschafter durch die Gesellschaft Rechnung getragen werden¹.

Einem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter kann Prokura oder Handlungsvollmacht erteilt werden².

Die Prokura ermächtigt den Gesellschafter kraft Gesetzes zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes überhaupt mit sich bringt³. Hierzu gehören auch alle arbeitsrechtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen, die im Rahmen eines Handelsgewerbes vorkommen können. Der Prokurist ist also z.B. zur Erteilung von Weisungen gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft, zur Ausstellung von Zeugnissen, zur Erteilung von Auskünften über frühere Arbeitnehmer⁴ ebenso berechtigt, wie zur Anstellung und Entlassung von Personal⁵. Eine Beschränkung

- 1) Die Vollmacht ist - wenn sie nicht bereits im Gesellschaftsvertrag ausgesprochen ist - durch Erklärung der vertretungsberechtigten Gesellschafter zu erteilen. Für die Bestellung eines Gesellschafter zum Prokuristen gilt die Besonderheit, daß ihr im Innenverhältnis grundsätzlich alle geschäftsführenden Gesellschafter zustimmen müssen (§§ 116 III, 161 II HGB); vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 48 Anm. 1; Würdinger in RGRK z. HGB § 48 Anm. 1.
- 2) Vgl. Hueck, OHG S. 204; Schlegelberger-Geßler § 125 Anm. 10; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 125 Anm. 5 und bezüglich Kommanditisten BGHZ 17,392 (394); abweichend Staub § 125 Anm. 4, der eine Rechtsunsicherheit darin sieht, daß der Rechtsverkehr den Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten als vertretungsberechtigten Gesellschafter ansehen könnte. Hiergegen gewährt jedoch der Eintragungszwang hinreichend Schutz. Außerdem muß die Gesellschaft das Auftreten eines von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter als dennoch vertretungsberechtigt gegen sich gelten lassen, wenn sie es duldet; wie hier u.a. Hueck u. Schlegelberger-Geßler a.
- 3) Vgl. § 49 I HGB
- 4) Vgl. Würdinger in RGRK z. HGB § 49 Anm. 5
- 5) Vgl. Baumbach-Duden § 49 Anm. 1A; Würdinger in RGRK z. HGB § 49 Anm. 5.

ieses Umfangs der Prokura ist mit Wirkung gegenüber Dritten nicht möglich¹.

Durch Handlungsvollmacht kann ein Gesellschafter sowohl allgemein zum Betrieb des Handelsgewerbes (Generalvollmacht) als auch zu einer bestimmten Art von Geschäften (Artvollmacht) und einzelnen Geschäften (Einzelvollmacht) ermächtigt werden². Inhalt und Umfang der Handlungsvollmacht kann die vollmachtgebende Gesellschaft im einzelnen grundsätzlich frei bestimmen³. Es empfiehlt sich deshalb auch für den arbeitsrechtlichen Bereich, zur Vermeidung von Zweifeln über den Umfang der Handlungsvollmacht die Befugnisse des betreffenden Gesellschafters im Verhältnis zu den Arbeitnehmern der Gesellschaft, insbesondere aber auch seine Berechtigung oder Nichtberechtigung zur Entlassung und Einstellung von Personal stets ausdrücklich zu regeln.

Dabei ist jedoch zu beachten, daß die Handlungsvollmacht im Verhältnis zu Dritten, also auch zu den Arbeitnehmern der Gesellschaft⁴, kraft Gesetzes alle Geschäfte und Rechtshandlungen deckt, die der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft oder die Geschäfte, zu denen der betreffende Gesellschafter bevollmächtigt ist, "gewöhnlich mit sich bringen"⁵. Hiervon abweichende Einschränkungen des Umfangs der Handlungsvollmacht wirken einem Dritten gegenüber nur, wenn sie diesem bekannt sind oder er sie fahrlässig nicht kennt⁶.

In diesem Zusammenhang interessiert vor allem die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Anstellung von Personal in diesem Sinne ein "gewöhnliches"

) Vgl. § 50 I, II HGB.

) Vgl. § 54 I HGB.

) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 54 Anm. 4; Baumbach-Duden § 54 Anm. 3 A.

) Vgl. S. 39.

) Vgl. § 54 I HGB.

) Vgl. § 54 III HGB.

Geschäft ist¹. Die Antwort kann nicht für alle Fälle gegeben werden; denn sie hängt - wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 54 I HGB ergibt - wesentlich von der Art des von der Gesellschaft betriebenen Handelsgewerbes und dem Geschäftskreis ab, der dem Handlungsbevollmächtigten im einzelnen Falle zugewiesen ist². Außerdem kommt es entscheidend darauf an, welche Verpflichtungen für die Gesellschaft mit dem Arbeitsverhältnis begründet werden sollen. Sollen mit ihm - gemessen an den konkreten Verhältnissen des Unternehmens - unverhältnismäßig große Verpflichtungen eingegangen oder mit ihm besondere Bedingungen, wie sie in dem betreffenden Geschäftszweig nicht üblich sind, gewährt werden, so ist die Anstellung des betreffenden Arbeitnehmers sicherlich ein ungewöhnliches Geschäft, zu dem der Gesellschafter nur mit gesonderter Vollmacht befugt ist³.

2. Stillschweigende Bevollmächtigung

Im Gegensatz zur Prokura, die nur mittels ausdrücklicher Erklärung bestellt werden kann⁴, kann die Handlungsvollmacht auch durch schlüssiges Verhalten des Geschäftsherrn erteilt werden⁵. Ob einem von der organschaftlichen Vertre-

-
- 1) Für die Entlassung von Arbeitnehmern spielt diese Frage im allgemeinen keine Rolle, da die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Handlungsbevollmächtigten von der Gesellschaft genehmigt werden kann, wenn die Handlungsvollmacht die Kündigung nicht deckt, die Gesellschaft sie aber billigt (§§ 177, 180, 184 BGB). Andererseits kann die Gesellschaft dadurch, daß sie die Genehmigung nicht erteilt, die Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers unterbinden. Vgl. auch S. 52.
 - 2) Vgl. auch Schlegelberger-Hildebrandt § 54 Anm. 2.
 - 3) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 54 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 116 Anm. 1; Würdinger in RGRK z. HGB § 54 Anm. 3; Weipert in RGRK z. HGB § 116 Anm. 2; RGZ 158, 308; BGH LM Nr. 1 zu § 116 HGB.
 - 4) Vgl. § 48 I HGB.
 - 5) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 54 Anm. 5; Würdinger in RGRK z. HGB § 54 Anm. 11; Staudinger-Coing § 167 Anm. 6c; Kuhn in RGRK z. BGB § 164 Anm. 12 und § 167 Anm. 2, 3; Enneccerus-Nipperdey S. 1131.

ung ausgeschlossenen Gesellschafter auf diese Weise Handlungsvollmacht erteilt worden ist und welchen Umfang sie gegebenenfalls hat, ist stets von Fall zu Fall an Hand der äußeren Stellung des betreffenden Gesellschafters im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft zu entscheiden¹. In der Regel wird man darin, daß einem von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, sei es im Gesellschaftsvertrag oder durch gesonderten Anstellungsvertrag, die Geschäftsführung oder ein Teil der Geschäftsführung (z.B. die technische Leitung des Betriebes) übertragen ist, auch eine Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebes oder den für den betreffenden Teil des Betriebes in Frage kommenden angestellten und Arbeitern sehen können². Wegen ihres engen tatsächlichen Zusammenhangs mit der Geschäftsführungsbefugnis³ geht diese Vollmacht jedoch in keinem Falle über den Rahmen hinaus, in welchem der Gesellschafter zur Führung der Geschäfte befugt ist. Andererseits ist die Vollmacht nicht auf einzelne Maßnahmen beschränkt. In entsprechender Anwendung der Bestimmungen des § 54 I HGB⁴ umfaßt sie vielmehr alle Handlungen, welche die dem Gesellschafter zugeordnete Geschäftstätigkeit den ihm unterstellten Arbeitnehmern gegenüber gewöhnlich mit sich bringt. Dahin gehören insbesondere die Bestimmungen der dem Arbeitnehmer obliegenden Arbeit, soweit nicht der Arbeitsvertrag darüber disponiert, Anweisungen über die sachliche und formelle Art der

-
-) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 54 Anm. 5
) Vgl. Hueck, OHG S. 212; Schlegelberger-Geßler § 126 Anm. 6; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4; Ritter § 126 Anm. 2; ferner auch Weipert in RGRK z.HGB § 126 Anm. 11;
) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4; BGHZ 17, 392 (395); ferner auch S. 47.
) Diese Vorschrift dient dem Schutze Dritter und ist deshalb für das Verhältnis Vollmachtgeber - Vollmachtnehmer nicht unmittelbar anwendbar; vgl. auch S. 43.

Erledigung einzelner Arbeiten, die Entgegennahme von Geschäftsberichten, Urlaubsbewilligungen, dann aber auch Zu-
rechtweisungen sowie die Erfüllung gewisser betriebsverfah-
rungsrechtlicher Arbeitgeberpflichten¹. Die Einstellung von
Arbeitnehmern sowie die Kündigung von Arbeitsverhältnissen
und die Entgegennahme von Kündigungserklärungen wird man
indessen nur dann als durch die Vollmacht gedeckt ansehen
können, wenn darin nach den oben² dargelegten Grundsätzen
nicht ein "ungewöhnliches Geschäft" zu erblicken ist³.

3. Widerruf der Vollmacht

Ein einseitiger Widerruf des einem von der organschaftli-
chen Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, nament-
lich einem Kommanditisten durch Prokura oder Handlungsvol-
macht eingeräumten Rechts zur Vertretung der Gesellschaft
ist nicht ohne triftigen Grund möglich, wenn dieser mit
Rücksicht auf seine Stellung als Gesellschafter zum Proku-
risten oder Handlungsbevollmächtigten bestellt worden ist

Zwar bestimmt § 52 I HGB die freie Widerruflichkeit der
Prokura. Auch die Handlungsvollmacht ist - wie aus § 168
Satz 2 BGB zu schließen ist⁴ - grundsätzlich frei wider-
ruflich. Hiervon ist jedoch eine Abweichung geboten, wenn
es um die Entziehung der einem aufgrund des Gesellschafts

1) Zu den Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer aufgrund d.
BetrVG vgl. S.90 ff.

2) Vgl. S. 43/44.

3) Ritter § 126 Anm. 2 hält demgegenüber auch die Einstel-
lung von Arbeitnehmern stets für durch Vollmacht gedeckt.
Diese weitgehende Auffassung kann nicht geteilt werden,
was allerdings nicht ausschließt, daß Gesellschafter in
Einzelfall zu den erwähnten Maßnahmen - soweit sie sich
als ungewöhnliche Geschäfte darstellen - ausdrücklich
oder auch stillschweigend bevollmächtigt sein können
oder diese nachträglich genehmigt werden - vgl. S.61/62.

4) So folgern die herrschende Lehre und die Rechtsprechung
Vgl. Enneccerus-Nipperdey S. 1143; Lehmann-Hübner, BGB
S. 323; Staudinger-Coing § 168 Anm. 12; Siebert-Schult
von Lasaulx § 168 Anm. 17; Kuhn in RGRK z.BGB § 168
Anm. 3; RGZ 109, 331.

Vertrages zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter erteilten Prokura oder Handlungsvollmacht geht.

Die Einräumung einer Vertretungsmacht an einen geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter, mag sie durch Erteilung einer Prokura oder durch Erteilung einer Handlungsvollmacht erfolgt sein, steht - wie oben bereits dargelegt wurde¹ - für die Gesellschafter in engem unmittelbarem Zusammenhang mit der Zubilligung des Geschäftsführungsrechts. Sie ist gewissermaßen nur die andere Seite des dem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumten Mitwirkungsrechts bei der gemeinsamen geschäftlichen Betätigung im und für das Gesellschaftsunternehmen. Die Entziehung der so erteilten Vertretungsmacht durch Widerruf der Prokura oder Handlungsvollmacht stellt also ebenso einen Eingriff in das dem Gesellschafter vertraglich eingeräumte Gesellschaftsrecht dar wie die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis selbst. Hieraus folgt notwendigerweise, daß die Entziehung der dem Gesellschafter durch Prokura oder Handlungsvollmacht eingeräumten Vertretungsbefugnis nur unter den gleichen Voraussetzungen erfolgen darf, wie sie für die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis verlangt werden. Das aber bedeutet, daß die einem aufgrund des Gesellschaftsvertrages zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter eingeräumte Prokura oder Handlungsvollmacht entsprechend § 117 HGB nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerrufen werden darf². Als wichtiger Grund zum Widerruf der Vollmacht ist in erster Linie deren Mißbrauch durch den bevollmächtigten Gesellschafter anzusehen. Ein Mißbrauch der Vollmacht wird namentlich dann vorliegen, wenn der Gesellschafter Arbeitnehmer arglistig zu Tätigkeiten anweist, die dem Gesellschaftszweck und den wirtschaft-

1) Vgl. S. 45.

2) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 52 Anm. 1; Baumbach-Duden § 52 Anm. 1 B; BGHZ 17, 392 (394 ff).

lichen Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen. Als wichtiger Grund für den Widerruf gilt weiterhin die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis, mit der die Vollmacht aufs engste verknüpft ist.

Für Gesellschafter, die nicht aufgrund des Gesellschaftsvertrages, sondern aufgrund eines gesonderten Anstellungsverhältnisses für die Gesellschaft tätig sind und im Rahmen dieses Anstellungsverhältnisses Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten haben¹, bleibt es indessen bei dem Grundsatz der freien Widerruflichkeit der Vollmacht. Denn in diesen Fällen steht die Tätigkeit des Gesellschafters für die Gesellschaft in keinem rechtlichen Zusammenhang mit seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung. Der Widerruf der ihm durch Prokura oder Handlungsvollmacht eingeräumten Vertretungsmacht bedeutet daher keine Einschränkung seiner Gesellschaftsrechte, die allein eine Beschränkung der freien Widerruflichkeit der erteilten Vollmacht rechtfertigen könnte.

Befugt zum Widerruf der Prokura und der Handlungsvollmacht sind die organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft, deren Vertretungsmacht umfaßt auch Geschäfte und Rechtshandlungen zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern, also auch die Erteilung und den Widerruf einer Vollmacht². Der Widerruf ist wie die Erteilung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Er kann dem bevollmächtigten Gesellschafter oder den Arbeitnehmern gegenüber erklärt werden³. Die Folge des zulässigen Widerrufs ist das

-
- 1) Zur Frage der Abgrenzung der gesellschaftsrechtlichen Tätigkeit und der Tätigkeit im Rahmen gesonderter Anstellungsverhältnisse vgl. S. 145 ff.
 - 2) Vgl. Baumbach-Duden § 126 Anm. 3 A und für Prokura BGHZ 17, 392 (396); ferner S. 39.
 - 3) §§ 167, 168 Satz 3 BGB; vgl. Enneccerus-Nippel-dey S. 1144.

löschen der Vertretungsmacht¹. Den Arbeitnehmern gegenüber ist die widerrufene Vollmacht allerdings solange als fortbestehend zu behandeln, als nicht der Widerruf nach außen hin erkennbar geworden ist².

2. Ergebnis

Das zunächst erzielte Ergebnis, daß auch im Bereich des Arbeitsrechts die handelsrechtlichen Vorschriften über die Vertretung der OHG und KG Anwendung finden, kann nunmehr dahin ergänzt werden, daß neben den danach vertretungsberechtigten Gesellschaftern auch von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein können. Deren Vertretungsmacht beruht dann nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis, sondern auf ausdrücklich oder stillschweigend erteilter Vollmacht. Die stillschweigende Bevollmächtigung kann bereits in der Bestellung zum Geschäftsführer liegen. Sie umfaßt dann grundsätzlich alle Handlungen, welche die Geschäftsführertätigkeit im Umgang mit den Arbeitnehmern der Gesellschaft gewöhnlich mit sich bringt.

III. Vollmacht für einzelne Gesamtvertreter

1. Wesen der Gesamtvertretung

Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt sein, daß alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen³,

1) § 168 BGB; vgl. Staudinger-Coing § 168 Anm. 12 c.
2) Vgl. Staudinger-Coing § 168 Anm. 12 c; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4; RG WarnR 1915 Nr. 273; RG SeuffA 84 Nr. 136 - vgl. auch § 170 BGB.
3) §§ 125 II 1, 161 II HGB.

Die Anordnung der Gesamtvertretung enthält nicht eine Beschränkung der Vertretungsmacht ihrem Inhalt nach. Sie kann vielmehr nur in der Weise erfolgen, daß die Gesamtvertreter zu allen Rechtshandlungen ermächtigt sind, zu denen auch ein Alleinvertreter befugt ist. Die Gesamtvertretungsbefugnis kann durch Änderung des Gesellschaftsvertrages aufgehoben oder geändert werden. Die Änderung kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen, etwa durch Duldung des ständigen Auftretens als Alleinvertreter. Da alle Gesellschafter die Änderung des Gesellschaftsvertrages beschließen müssen, ist Kenntnis und entsprechendes Verhalten aller Gesellschafter erforderlich. Die eingetretene Änderung ist nach § 125 IV HGB durch Anmeldung der Eintragung zum Handelsregister offenkundig zu machen. Auf eine Beschränkung der Alleinvertretung durch Umwandlung in eine Gesamtvertretung kann sich die Gesellschaft Dritten gegenüber nicht berufen, solange die Eintragung der Änderung noch nicht erfolgt und bekannt gemacht worden ist (§ 15 HGB).

2. Die Ausübung der Gesamtvertretung

Zur Abgabe von Willenserklärungen für die Gesellschaft müssen die Gesellschafter in der erforderlichen Zahl mitwirken¹. Die Gesamtvertretung erfordert jedoch nicht, daß die Gesamtvertreter gleichzeitig durch einen Gesamttakt handeln. Sie können vielmehr einzeln nacheinander handeln². Von der nachträglichen Mitwirkung zu scheiden ist die nachträgliche Zustimmung der anderen Gesamtvertreter gegenüber dem Dritten, die ebenfalls zulässig ist³. Es kann sogar die Erklärung des einen Vertreters durch Zustimmung des anderen Vertreters wirksam werden, ohne daß diese dem Dritten gegenüber erklärt zu werden braucht⁴.

1) Vgl. RGZ 81, 325; 101, 342; 106, 268.

2) Vgl. RGZ 81, 325.

3) Vgl. RGZ 101, 342; 112, 215 (221); 118, 168.

4) Vgl. RGZ 101, 342.

. Sondervollmacht für einzelne Gesamtvertreter

) Da - wie festgestellt - die Anordnung der Gesamtvertretung den Umfang der Vertretungsmacht nicht einschränkt, elten die für die Gesamtvertretung aufgestellten Grundätze auch für im arbeitsrechtlichen Bereich einer OHG der KG zu treffenden Maßnahmen. So ist insbesondere zum bschluß und zur Kündigung von Arbeitsverträgen und für ie Erteilung von Weisungen an Arbeitnehmer der Gesellschaft die Mitwirkung aller Gesamtvertreter in der einen der anderen Form grundsätzlich erforderlich.

a) Soweit es um den Abschluß eines Arbeitsvertrages oder essen Kündigung geht, wird diese Regelung auch den praktischen Erfordernissen gerecht.

stellt etwa ein Gesamtvertreter ohne die erforderliche Zustimmung der anderen Gesamtvertreter einen Arbeitnehmer für den Betrieb der Gesellschaft ein, so ist ein Arbeitsvertrag nicht zustande gekommen. Der Vertreter handelte ohne Vertretungsmacht. Seine Erklärung ist deshalb schwebend unwirksam, solange sie nicht von den anderen Vertretern wiederholt oder ihr nicht von diesen nachträglich zugestimmt wird. Der Schwebezustand, in dem sich der Arbeitsvertrag in der Zwischenzeit befindet und welcher bei Verweigerung der Genehmigung sogar zu einem endgültigen Zustand wird, hat jedoch für den Arbeitnehmer, der die Arbeit bereits aufgenommen hat, jedenfalls zunächst keine nachteiligen Folgen. Denn für die Entstehung der arbeitsrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers ist ein rechtsgültiger Arbeitsvertrag nicht erforderlich. Vielmehr kann auch ein nichtiger Arbeitsvertrag ein Arbeitsverhältnis begründen, da es mit dem Wesen des Einzelarbeitsverhältnisses nicht vereinbar ist, es als rechtlich nicht vorhanden anzusehen, obwohl es durch die Aufnahme der Arbeit durch den Arbeitnehmer bereits verwirklicht ist¹. Darüber hinaus

) Vgl. S. 14.

hat der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung des § 177 II 1 BGB die Möglichkeit, seinerseits die anderen Gesamtvertreter zu einer klaren Stellungnahme in der Frage der Genehmigung zu zwingen, und damit den für ihn ungewissen Zustand zu beenden.

Den gleichen Schutz genießt der Arbeitnehmer, der eine ihm von einem Gesamtvertreter ausgesprochene Kündigung nicht zurückweist (§§ 180, 2, 177 II 1 BGB)¹. Die Kündigung ist schwebend unwirksam. Sie wird durch Genehmigung der anderen Gesamtvertreter wirksam. Die Genehmigung kann - solange der Arbeitnehmer die Gesellschaft nicht zu einer Erklärung über die Genehmigung aufgefordert hat - dem handelnden Gesamtvertreter gegenüber erklärt werden. Ist die Erklärung der Genehmigung einmal verweigert worden, so ist allerdings eine nachträgliche Genehmigung nicht mehr möglich². Fordert der Arbeitnehmer die übrigen Gesamtvertreter auf, sich zu erklären, ob sie die Kündigung des einen Gesamtvertreters genehmigen oder nicht, so muß gegebenenfalls die Genehmigung gegenüber dem Arbeitnehmer erfolgen. Sie gilt als verweigert, wenn sie nicht bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erklärt wird (§§ 180 2, 177 II 2 BGB). In der Schwebezeit haben sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis nachzukommen, da dieses unabhängig von der Rechtswirksamkeit des Arbeitsvertrages fortbesteht, solange der Arbeitnehmer seine Tätigkeit ausübt.³

bb) Kann auf diese Weise dem Verlangen des Arbeitnehmers nach baldiger Gewißheit über den Bestand der Rechtsbeziehungen, welche ihn mit der Gesellschaft verbinden, noch Rechnung getragen werden, so ist dieses allerdings nicht möglich im personenrechtlichen Bereich des Arbeitsverhältnisses.

1) Vgl. RAG 14, 227 (230).

2) Vgl. RAG 15, 120.

3) Vgl. S. 14, 51.

Dabei ist insbesondere an die Erteilung von Weisungen an Arbeitnehmer der Gesellschaft zu denken. Weisungsbefugt sind grundsätzlich die Gesamtvertreter nur gemeinsam, wie dies für alle Geschäfte und Rechtshandlungen arbeitsrechtlicher Art gilt.

Am einfachsten liegt hier der Fall, wenn alle Gesamtvertreter bei Erteilung der Weisung anwesend sind. Dann ist das stillschweigende Verhalten der anwesenden Gesamtvertreter als Mitwirkung anzusehen¹.

Ist aber der anweisende Gesellschafter allein anwesend, so müßte man für die Wirksamkeit seiner Weisung und damit für eine Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers grundsätzlich fordern, daß die abwesenden Gesamtvertreter entweder später die Weisung wiederholen oder - was auf dasselbe hinausläuft - dem Arbeitnehmer gegenüber die Zustimmung zu der erteilten Weisung erklären oder schließlich dem handelnden Gesamtvertreter gegenüber die Weisung genehmigen. Denn bei Verhinderung oder Wegfall eines zur Gesamtvertretung erforderlichen Gesellschafters werden die übrigen Gesellschafter nichts von selbst vertretungsberechtigt, auch nicht bei Gefahr im Verzuge². Alle drei Möglichkeiten sind aber in der Praxis in aller Regel undurchführbar, da Weisungen regelmäßig erst erteilt werden, wenn es der Geschäftsbetrieb erfordert und dann ihre Befolgung zumeist keinen Aufschub duldet, sollen sie nicht überhaupt gegenstandslos werden. Für Weisungen ist deshalb ein Schwebezustand, wie er bei Arbeitsverträgen ohne Schaden für die Beteiligten angenommen werden kann, praktisch nicht tragbar.

Es wird aus diesem Grunde davon auszugehen sein, daß jeder Gesamtvertreter Sondervollmacht besitzt, die Gesellschaft im Rahmen der ihm zugewiesenen Geschäftstätigkeit den Arbeitnehmern gegenüber allein zu vertreten³. Diese

1) Vgl. RGZ 75, 419; 106, 268.

2) Vgl. Hueck, OHG S. 207; Schlegelberger-Geßler § 125 Anm. 14; RGZ 103, 417; 116 (117).

3) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4.

beschränkte Alleinvertretungsbefugnis haftet ebenso wie die Vertretungsmacht der nur geschäftsführungsbefugten Gesellschafter gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft¹ an der Geschäftsführungsbefugnis. Ihr Umfang bestimmt sich daher wesentlich nach dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis dieser Gesellschafter. Sie berechtigt jeden den Gesamtvertreter nicht nur zu Weisungen, sondern allgemein dazu, die Gesellschaft ihren Arbeitnehmern gegenüber insoweit zu vertreten als es die ihm zugewiesene Geschäftstätigkeit naturgemäß mit sich bringt.

Die Befugnis der Gesamtvertreter, einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften (also nicht allgemein²) zu ermächtigen, folgt aus § 125 II 2 HGB. Die Ermächtigung ist ohne Beachtung einer bestimmten Form zulässig. Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie Vollmacht. Sie ist durch die übrigen Gesamtvertreter jederzeit einseitig widerruflich. Arbeitnehmer müssen jedoch - soweit ihnen nichts Gegenteiliges bekannt ist - vom Vorhandensein einer solchen Vollmacht (Anschein vollmacht) ausgehen.

cc) Ist der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt immer die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter (§ 125 II 3 HGB).

1) Vgl. S. 45, 47.

2) RGZ 48, 56 (58); RG, JW 12, 526 (Nr. 3).

Viertes Kapitel

ZU DEN ARBEITGEBERFUNKTIONEN IM BEREICH
DES EINZELARBEITSVERHÄLTNISSES

(A) DIE BEFUGNIS ZUR EINSTELLUNG, ENTLASSUNG UND ANWEISUNG VON ARBEITNEHMERN

I. Vorbemerkung

Nach der hier vertretenen Ansicht sind bei der OHG und der KG alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Träger des Rechts zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern sowie der Befugnis, den Arbeitnehmern der Gesellschaft im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Weisungen zu erteilen¹. Ausgeübt werden diese Rechte der Gesellschaft grundsätzlich durch die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafter. Darüber hinaus sind im Rahmen ihrer Geschäftsführertätigkeit auch lediglich geschäftsführungsbefugte Gesellschafter berechtigt, den Arbeitnehmern der Gesellschaft Weisungen zu erteilen².

II. Die Rechtsfolgen bei Handeln ohne Vertretungsmacht

1. Grundsätzliche Unwirksamkeit der Erklärungen

Die Wirkungen der Vertretung sind bei der auf Vollmacht ruhenden weitgehend dieselben wie bei der organschaftlichen Vertretung; denn selbst wenn man letztere ihre Rechtsnatur nach als "gesetzliche" Vertretung ansieht³, schließt das die Anwendung der wesentlichen Vollmachtsvorschriften (§§ 164 ff BGB) nicht aus⁴.

1) Vgl. S. 28.

2) Vgl. S. 40 ff.

3) Zur Rechtsnatur der organschaftlichen Vertretung vgl. statt vieler Hueck, OHG S. 201 (Anm. 2).

4) Vgl. Hueck, OHG S. 201, Anm. 2 a.E.; Baumbach-Duden § 125 Anm. 1B; Schlegelberger-Geßler § 125 Anm. 5; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 11.

Die Gesellschaft wird aus einem Vertragsschluß oder aus einer Kündigung, welche ein Gesellschafter im Rahmen seiner Vertretungsmacht für die Gesellschaft tätigt, unmittelbar und allein berechtigt und verpflichtet (§ 164 I 1 BGB). Weisungen eines solchen Gesellschafters hat der Arbeitnehmer Folge zu leisten. Die Nichtbefolgung kann die Gesellschaft zur außerordentlichen Lösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen.

Hingegen erzeugt die ohne Vertretungsmacht im Namen der Gesellschaft erfolgte Einstellung oder Kündigung eines Arbeitnehmers gegenüber der Gesellschaft zunächst keine Wirkungen¹. Weisungen von Gesellschaftern, denen kein Vertretungsrecht zusteht, braucht der Arbeitnehmer nicht zu folgen. Aus der Nichtbefolgung der Weisungen solcher Gesellschafter können ihm keine Nachteile entstehen.

2. Vertrauensschutz

Arbeitnehmer, welche auf das Bestehen der Vertretungsmacht eines für die Gesellschaft auftretenden Gesellschafters vertrauen, genießen weitgehend den Schutz der zugunsten gutgläubiger Dritter im Rechtsverkehr entwickelten Grundsätze.

a) Hinsichtlich der organschaftlichen Vertretungsmacht gelten die Grundsätze des § 15 HGB. Denn sowohl die Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern als auch die Erteilung von Weisungen an Arbeitnehmer sind Gegenstand der Vertretung der OHG und KG, so daß die Frage, wer im Verhältnis zu den Arbeitnehmern der Gesellschaft zur Abgabe solcher Willenserklärungen befugt ist und wer nicht, im wesentlichen² von den Eintragungen im Handelsregister abhängt (§§ 125 IV, 161 II HGB).

1) Vgl. S. 51, 52.

2) Dies gilt nicht für "Nur"-Geschäftsführer; vgl. aber S. 60 (b).

Die Grundsätze, welche § 15 HGB zum Schutze des Vertrauens Dritter auf den Inhalt des Handelsregisters aufstellt, gewähren auch den Arbeitnehmern hinreichend Schutz. Weist das Handelsregister zur Vertretung der Gesellschaft keine Eintragung auf, so muß und kann der Arbeitnehmer vom Bestehen der Vertretungsmacht jedes persönlich haftenden Gesellschafters ausgehen. Ein durch Änderung des Gesellschaftsvertrages erfolgter Entzug der Vertretungsmacht eines Gesellschafters kann - wenn dieser dennoch eine Erklärung im Namen der Gesellschaft abgibt - dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht entgegengehalten werden (§ 15 I, 1. Fall HGB). Arbeitsverträge, die dieser schließt und Kündigungen, die er erklärt, sind wirksam. Weisungen sind zu befolgen. Aus der Befolgung der Weisung kann dem Arbeitnehmer in der Regel kein Nachteil erwachsen. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Arbeitnehmer weiß, daß dem Gesellschafter die Vertretungsmacht und damit das Recht zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern oder die Weisungsbefugnis entzogen worden ist (§ 15 I, 2. Fall HGB). In diesem Falle macht sich der Arbeitnehmer durch Befolgung der Weisung gegebenenfalls sogar schadensersatzpflichtig. Die Kenntnis des Arbeitnehmers vom Entzug der Vertretungsmacht muß allerdings der Arbeitgeber beweisen¹.

Ist hingegen der Entzug der Vertretungsmacht eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter der OHG und KG oder eine irgendwie geartete Beschränkung der Einzelvertretungsbefugnis dieser Gesellschafter im Handelsregister eingetragen, so müssen auch die Arbeitnehmer der Gesellschaft diese Eintragungen grundsätzlich gegen sich gelten lassen (§ 15 II HGB). Erklärungen zur Einstellung un

1) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 15 Anm. 15; Würdinger in RGRK z. HGB § 15 Anm. 13; Baumbach-Duden § 15 Anm. 2 E; RGZ 144, 199 (205).

Entlassung von Arbeitnehmern für die Gesellschaft sind unter diesen Umständen unwirksam. Die Arbeitnehmer brauchen und vor allem dürfen keinem Gesellschafter gehorchen, dessen fehlende (Allein-) Vertretungsbefugnis eingetragen und bekannt gemacht worden ist. Führt ein Arbeitnehmer unter diesen Umständen die Weisung eines solchen Gesellschafters dennoch und zum Schaden der Gesellschaft aus, so macht er sich damit schadensersatzpflichtig. Außerdem berechtigt sein Verhalten unter Umständen den Arbeitgeber zu außerordentlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Regelung tritt nach dem Gesetz (§ 15 II HGB) nur dann ein, wenn der Arbeitnehmer die eingetragene Tatsache "weder kannte noch kennen mußte". Kennenmüssen bedeutet infolge von Fahrlässigkeit nicht Kennen. Fahrlässigkeit ist gemäß § 276 BGB das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Der Ausnahmetatbestand liegt mithin vor, wenn der Arbeitnehmer trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt von der eingetragenen Tatsache keine Kenntnis gehabt hat. Die Beweislast für das Vorliegen dieses Ausnahmetatbestandes liegt bei dem Arbeitnehmer, der sich auf ihn beruft¹. Der Arbeitnehmer muß also darlegen und nötigenfalls beweisen, daß es ihm auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht möglich war, Kenntnis von der Eintragung im Handelsregister zu erlangen. Darüber, welches Maß an Sorgfalt von einem Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang zu fordern ist, lassen sich allgemeine Grundsätze kaum aufstellen. Man wird diese Frage vielmehr nach den gesamten Umständen jedes einzelnen Falles beantworten müssen. Dabei wird es auf die verschiedenartigsten Gesichtspunkte ankommen können, etwa auf den Bildungsstand des Arbeitnehmers, seine Stellung im Betrieb, auf die Art seiner Tätigkeit oder sogar darauf, ob er vielleicht am Abschluß des Gesell-

) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 15 Anm. 19; Würdinger in RGRK z.HGB § 15 Anm. 19; Baumbach-Duden § 15 Anm. 3 B.

schaftsvertrages oder an der Bewirkung der Eintragungen ins Handelsregister in irgendeiner Weise beteiligt war. Man wird jedoch generell die Anforderungen, die hinsichtlich des "Kennen müssen" der Rechtsverhältnisse der Gesellschaft an die Arbeitnehmer der Gesellschaft zu stellen, nicht allzu hoch ansetzen dürfen. Im allgemeinen werden zwar strenge Anforderungen gestellt. Es wird sogar eine weitgehende Erkundigungspflicht bejaht¹. Doch können derartige strenge Maßstäbe dem Sinn der Vorschrift des § 15 HGB entsprechend nur im kaufmännischen Rechtsverkehr² Anwendung finden, nicht aber im Verhältnis der Gesellschaften zu ihren Arbeitnehmern, das infolge der persönlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmer vom Grundsatz gegenseitige Treue beherrscht wird. In Zweifelsfällen wird deshalb zu beachten sein, ob nicht seitens der Gesellschaft die rechtzeitige und gründliche Aufklärung ihrer Arbeitnehmer über die Befugnisse ihrer Gesellschafter versäumt worden ist. Keinesfalls aber soll dem einzelnen Arbeitnehmer zugemutet werden, über die Ermächtigung des für die Gesellschaft auftretenden Gesellschafters eigene Ermittlungen anzustellen.

b) Gesellschafter, welche keine organschaftliche Vertretungsmacht besitzen, aber die Geschäfte der Gesellschaft führen, gelten - wenn ihnen nicht sogar Prokura oder ausdrücklich Handlungsvollmacht erteilt ist - nach der oberrichtlichen Auffassung als stillschweigend bevollmächtigt, die Gesellschaft im Rahmen ihrer Geschäftsführertätigkeit gegenüber deren Arbeitnehmern zu vertreten. Von einer derartigen Vollmacht müssen und dürfen die Arbeitnehmer ausgehen, solange ihnen nichts Gegenteiliges bekannt ist.

1) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt § 15 Anm. 19.

2) Vor allem also im Verhältnis zu Personen, die selbst Kaufleute sind.

3) Vgl. S. 40 ff.

Damit ist die Rechtslage weitgehend von den Eintragungen im Handelsregister unabhängig und zum Vorteil nicht zuletzt der Arbeitnehmer vereinfacht. Denn die Fälle, in denen tatsächlich ein Gesellschafter den Arbeitnehmern gegenüber keinerlei Vertretungsmacht besitzt, beschränken sich nunmehr auf solche, in denen dieser an der Gesellschaft lediglich kapitalmäßig und in der Regel nicht auch tätig beteiligt ist. Mit solchen Gesellschaftern haben die Arbeitnehmer im allgemeinen nichts zu tun.

. Genehmigung

Führt nicht schon die Anwendung der dargelegten Rechtsgrundsätze zur Wirksamkeit der ohne Vertretungsmacht abgegebenen Erklärung, so kann dies auch durch ihre nachträgliche Genehmigung seitens der vertretungsbefugten Gesellschafter bewirkt werden (§ 177 I BGB).

Die Genehmigung kann gegenüber dem falschen Vertreter oder dem Arbeitnehmer erklärt werden (§ 182 I BGB). Sie kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erfolgen.

Die Genehmigung eines ohne Vertretungsbefugnis im Namen der Gesellschaft geschlossenen Arbeitsvertrages liegt vor allem in der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers im Unternehmen der Gesellschaft.

Kündigungserklärungen und Weisungen an Arbeitnehmer sind, da es sich um einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, nur unter der Voraussetzung durch Genehmigung zu heilen, daß der Arbeitnehmer beim Empfang der Erklärung die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet hat oder mit ihr einverstanden ist (§§ 180 2, 177 BGB)¹. Eine bei Empfang zurückgewiesene Kündigung ist und bleibt unwirksam². Die gerichtliche Feststellung der

) Vgl. BAG AD Nr. 1 zu § 180 BGB.

) Vgl. LAG Hamburg ARS 25, 30.

auf dem Mangel der Vertretungsmacht beruhenden Unwirksamkeit der Kündigung kann ohne Einhaltung einer Frist begehrt werden (§ 11 IV KSchG). Soweit die Klage daneben oder allein darauf gestützt wird, daß die Kündigung sozial ungerechtfertigt sei (§ 1 KSchG), ist sie nur innerhalb der Dreiwochenfrist des § 3 KSchG zulässig. Diese Frist beginnt mit Zugang der Kündigungserklärung an den Arbeitnehmer (§ 3 S. 1 KSchG). Dies gilt - da die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Kündigung zurückwirkt (§ 184 I BGB) - auch für eine zunächst schwebend unwirksame, nachfolgend aber genehmigte Kündigung eines Falschvertreters.

Dagegen kann für den Beginn der Frist nicht auf den Zeitpunkt der Genehmigung abgestellt werden. § 1 Satz 3 KSchG ist nicht entsprechend anwendbar. Die dort getroffene Regelung schließt daran an, daß die behördliche Zustimmung dem Arbeitnehmer zu ihrer Wirksamkeit zugestellt werden muß¹. Dagegen kann - wie festgestellt - die Genehmigung der Kündigung eines Falschvertreters auch diesem selbst gegenüber erfolgen. Der Arbeitnehmer braucht also gar nicht zu erfahren, wann die Kündigung genehmigt und damit wirksam geworden ist. Er wäre darum in diesen Fällen außerstande, Beginn und Ende der Dreiwochenfrist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage festzustellen. Es ist deshalb auch für die Kündigung eines Falschvertreters daran festzuhalten, daß diese Frist mit Zugang der Kündigungserklärung in Lauf gesetzt wird.

4. Schadensersatz

a) Unterbleibt im Falle des Abschlusses eines Arbeitsvertrages die Genehmigung und schützen den Arbeitnehmer auch

1) Wie etwa nach § 17 II SchwbeschG: vgl. Hueck, KSchG § 3 Anm. 17.

acht die Grundsätze des Rechtsscheins, so schließt dies
acht aus, daß die Gesellschaft aus dem Gesichtspunkt des
erschuldens bei Vertragsschluß für ein Verschulden des Ge-
lfen (§ 278 BGB), das im Abschluß als Vertreter ohne Ver-
retungsmacht liegt, ersatzpflichtig wird¹. Die Gesell-
schaft haftet aber nur für das negative Interesse.

Die Folgen fehlender Vertretungsmacht für den Vertreter
bestimmen sich nach § 179 BGB. Der Arbeitnehmer kann den
Gesellschafter bei Verweigerung der Genehmigung seiner
Einstellung seitens der Gesellschaft nach seiner Wahl auf
Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in
Anspruch nehmen (§ 179 I BGB)², es sei denn, daß er den
Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte
(§ 179 III 1 HGB) oder der Vertreter geschäftsbeschränkt
war und ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters
handelte (§ 179 III 2 BGB). Ausnahmsweise haftet er nur
für das negative Interesse, wenn der Vertreter beweist,
daß er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat.
Die Haftung geht jedoch nicht über den Betrag des Erfüllungs-
interesses des Arbeitnehmers hinaus (§ 179 II BGB). Da der
Falschvertreter in den wenigsten Fällen imstande sein wird,
den Arbeitsvertrag zu erfüllen, indem er den Arbeitnehmer
auch beschäftigt, wird er in der Regel auf Schadensersatz
in Anspruch genommen werden.

II. Die Folgen gesellschaftsinterner Uneinigkeiten auf die Wirksamkeit der Maßnahmen

Einigungsverschiedenheiten der Gesellschafter einer OHG
oder KG über die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit ei-
ner bestimmten geplanten oder bereits vorgenommenen Ein-
stellung, Entlassung oder Weisung können - abgesehen
von der Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses -

¹) Staudinger-Coing vor § 177 Anm.12; Lehmann, BGB S. 308.
²) Vgl. RGZ 120, 126 (128).

im wesentlicher auf zweierlei Weise zum Ausdruck kommen:
Entweder wird dem Gesellschafter gegenüber, welcher eine
solche Maßnahme beabsichtigt oder auch schon getroffen
hat, durch andere Gesellschafter widersprochen. Oder die-
se machen sie, falls die entsprechenden Erklärungen schon
vor Erhebung des Widerspruchs oder trotz des Widerspruchs
an den Arbeitnehmer ergangen sind, diesem unmittelbar ge-
genüber rückgängig.

1. Die Rechtsfolgen eines Widerspruchs

a) Das Recht eines Gesellschafters einer von einem anderen
Gesellschafter angekündigten oder bereits durchgeführten
Maßnahme zu widersprechen, ist nach der gesetzlichen Re-
gelung (§§ 115 I, 164 HGB) Bestandteil der Geschäftsfüh-
rungsbefugnis¹. So hat ein Widerspruch grundsätzlich nur
Rechtswirkung, wenn er von einem zur Geschäftsführung be-
fugten Gesellschafter erklärt wird^{2,3}.

Bereits diese Verknüpfung des Widerspruchsrechts mit der
Geschäftsführungsbefugnis führt zu dem Schluß, daß die E-
klärung eines Widerspruchs - wie es für die Geschäftsfüh-
rung schon mehrfach hervorgehoben wurde⁴ - ausschließlich
das Innenverhältnis der Gesellschaft, das heißt die Vera-
wortlichkeit der Gesellschafter untereinander betrifft.

Aber auch der Widerspruch eines nicht geschäftsführenden
aber kraft Gesellschaftsvertrages zum Widerspruch berech-
tigten Gesellschafters⁵ hat nur die Rechte und Pflichten

1) Vgl. Hueck, OHG S. 94.

2) Vgl. § 115 I, 2. Halbsatz HGB; ferner Hueck, OHG S. 91.

3) Kommanditisten ohne Geschäftsführungsbefugnis haben e-
gegen dem Wortlaut des § 164 I HGB nicht nur ein Wide-
spruchsrecht. Vielmehr ist zu ungewöhnlichen Geschäft-
ihre Zustimmung erforderlich. Vgl. Hueck, Gesellschafts-
recht S. 92; Lehmann, Gesellschaftsrecht S. 153; RGZ
158, 305.

4) Vgl. S. 32, 38.

5) Darüber, daß der Gesellschaftsvertrag auch abweichend
von der gesetzlichen Regelung ein Widerspruchsrecht v-
sehen kann, vgl. Hueck, OHG S. 92.

im Verhältnis der Gesellschafter zueinander zum Gegenstand. Das ergibt sich aus der Natur des Widerspruchs, der in jedem Falle die Beschränkung der ansonsten weitergehenden Handlungsfreiheit eines anderen Gesellschafters zum Ziele hat.

Das Widerspruchsrecht ist also als Recht eines Gesellschafters gegenüber einem anderen Gesellschafter schon vom Zweck seines Bestehens her ein auf das Innenverhältnis der Gesellschaft zugeschnittenes Recht.

Ein Widerspruch gegen die Einstellung oder die Entlassung eines Arbeitnehmers hat deshalb, einerlei ob er vor oder nach Vollzug dieser Maßnahmen erklärt wird, keine unmittelbaren Rechtsfolgen für deren Wirksamkeit. Ein Arbeitsvertrag, der gegen den Widerspruch eines Gesellschafters von einem anderen, zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter abgeschlossen wird, ist - von anderen Rechtsmängeln abgesehen - im Verhältnis zu dem betroffenen Arbeitnehmer ebenso rechtswirksam wie die Kündigungs-erklärung, die ein Gesellschafter trotz Widerspruchs eines anderen abgibt¹.

Auch dem Widerspruch gegen von einem Gesellschafter im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer erteilte Weisungen kommt unmittelbare Rechtswirkung im Verhältnis zu dem betroffenen Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zu. Trotz einer gewissen personenrechtlichen Verbundenheit² ist der Arbeitnehmer als solcher im Verhältnis zur Gesellschaft Dritter³. Er unterliegt nicht derselben rechtlichen Ordnung, welcher die Gesellschafter unterworfen sind und deren Bestandteil das Widerspruchsrecht der geschäftsfüh-

1) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler § 115 Anm. 10; Weipert in RGRK z. HGB § 115 Anm. 15.

2) Vgl. S. 25, 37.

3) Vgl. S. 37 ff.

renden Gesellschafter gegen Maßnahmen anderer Gesellschafter ist. Im allgemeinen wird sich deshalb der betroffene Arbeitnehmer, wenn er - etwa durch Indiskretion - von einem Widerspruch Kenntnis erlangt hat, auf den Standpunkt stellen dürfen, daß ihn die gesellschaftsinternen Uneinigkeiten zwischen den Gesellschaftern nichts angehen. Er wird der ihm erteilten Weisung trotz der Kenntnis von dem erhobenen Widerspruch Folge leisten dürfen, ohne daß ihm Nachteile daraus entstehen können. Andererseits ist er auch verpflichtet, die Weisung zu befolgen¹. Zu Nachforschungen darüber, ob der Widerspruch berechtigt erhoben worden ist oder nicht², ist der Arbeitnehmer in der Regel weder berechtigt, noch verpflichtet. Würde man dem Arbeitnehmer das Recht einräumen, die Berechtigung des Widerspruchs nachzuprüfen und im verneinenden Falle den Gehorsam zu verweigern, so würde man ihm damit einen Einfluß auf die Geschäftsführung gewähren, der ihm aufgrund der Bedingungen des Arbeitsvertrages im Normalfall nicht zusteht. Ihm die Pflicht zu solchen Nachforschungen aufzulegen, hätte die gleichermaßen untragbare Folge, daß ihn letztenendes das Risiko der Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gesellschaftern treffen würden, obwohl er am Gesellschaftsverhältnis gar nicht teilnimmt.

Trotzdem kann nicht völlig ausgeschlossen werden, daß in einzelnen Ausnahmefällen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben berechtigt und vielleicht sogar verpflichtet sein kann, der Weisung eines Gesellschafters gegen den ihm bekannt gewordenen Widerspruch eines anderen Gesellschafters nicht Folge zu leisten.

1) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4.

2) Nach der heute herrschenden Lehre kann der Widerspruch nicht nach freiem Ermessen, sondern nur im Interesse der Gesellschaft geltend gemacht werden. Liegt der Widerspruch nicht im Interesse der Gesellschaft, ist er unbeachtlich. Vgl. Hueck, OHG S. 94 mit weiteren Literaturnachweisen in Anm. 43 und 47.

207

kann Arbeitnehmern, die zugleich Gesellschafter sind¹ aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht² ein anderes Verhalten geboten sein als sonstigen Arbeitnehmern der Gesellschaft. Ebenso wie die erteilte Weisung selbst aufgrund des Widerspruchs zu unterbleiben hatte³, ist auch ihre Ausführung selbstverständlich unzulässig. Der Gesellschafter-Arbeitnehmer, der Kenntnis von dem Widerspruch eines anderen Gesellschafters hat und dennoch die Weisung zum Schaden der Gesellschaft befolgt, begeht damit in gleicher Weise eine unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtende Verletzung des Gesellschaftsvertrages⁴ wie derjenige Gesellschafter, der die Weisung trotz des Widerspruchs erteilt hat. Wenn die Umstände des Einzelfalles nach Treu und Glauben kein anderes Verhalten gestatten, werden deshalb Gesellschafter-Arbeitnehmer den ihnen bekannt gewordenen Widerspruch eines anderen Gesellschafters wohl stets beachten und die Befolgung der Weisung zu unterlassen dürfen.

Aber auch Arbeitnehmer, die nicht zugleich Gesellschafter sind, sind möglicherweise einmal berechtigt oder - was seltener in Frage kommen dürfte - verpflichtet, die Ausführung einer ihnen aufgetragenen Verrichtung zu unterlassen, wenn ihnen der dagegen erhobene Widerspruch eines anderen Gesellschafters bekannt ist. So wird man keine Verletzung des Arbeitsvertrages darin zu erblicken haben, daß beispielsweise ein mit der Geschäftsführung betrauter Angestellter die Ausführung der Weisung, eine kostspielige Maschine in Auftrag zu geben, bis zur Rückkehr des mit dieser Maßnahme nicht anverwandten Gesellschafters von einer kurzfristigen Weise unterläßt. Ob einem Arbeitnehmer ein solches Verhalten ausnahmsweise gestattet ist, hängt aber ganz von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei vor allem seine Stel-

Vgl. S. 138 ff

Vgl. Hueck, OHG S. 139 ff.

Vgl. § 115 I 2 HGB; vgl. auch S. 68.

Vgl. Hueck, OHG S. 141

lung in der Betriebsorganisation ausschlaggebend sein kann. So wird die Rechtslage bei einem leitenden Angestellten unter Umständen anders beurteilt werden können als bei einem in untergeordneter Stellung tätigen Arbeitnehmer. Es wird darauf ankommen können, ob sich der betreffende Arbeitnehmer dem Vorwurf des widersprechenden Gesellschafters ausgesetzt, seine Pflichten verletzt zu haben und er damit Gefahr läuft, das Vertrauen dieses Gesellschafters zu verlieren. Entscheidend wird nicht zuletzt sein, ob die Durchführung der Maßnahme, zu welcher der betreffende Arbeitnehmer angewiesen worden ist, Aufschub duldet und ob sie ohne Schaden für die Gesellschaft rückgängig zu machen ist.

b) Hat ein Widerspruch nach allem für den Arbeitnehmer der Gesellschaft nur unter besonderen Voraussetzungen unmittelbare Rechtsfolgen, so ist er, wenn er wirksam erklärt ist, im Verhältnis zu dem Gesellschafter, gegen dessen Maßnahme er sich richtet, stets rechtserheblich.

Erfolgt der Widerspruch vor Tätigwerden des Gesellschafters, so hat dieser die geplante Maßnahme zu unterlassen (§ 115 I 2 HGB).

Wird ihr erst nach ihrer Vornahme widersprochen oder wird sie trotz eines wirksamen Widerspruchs getroffen, so wird es - von einer Schadensersatzpflicht im zweiten Falle abgesehen - für die Pflicht des Gesellschafters, die Maßnahme und deren weitere Folgen rückgängig zu machen, darauf ankommen, inwieweit dies überhaupt noch möglich ist. Gegebenenfalls ist der Gesellschafter auf Grund seiner allgemeinen Treuepflicht verpflichtet, eine Einstellung oder Kündigung zu widerrufen. Dem Arbeitnehmer, dem er eine Weisung erteilt hat, muß er die weitere Ausführung der ursprünglichen aufgetragenen Arbeit untersagen oder schließlich sogar d

1) Vgl. Hueck, OHG S. 90 ff.

Arbeitnehmer anweisen, die bereits durchgeführte Arbeit, so weit das ohne Verletzung von Gesellschaftsinteressen möglich ist, wieder rückgängig zu machen¹.

Alle diese Maßnahmen können aber auch von dem widersprechenden Gesellschafter selbst getroffen werden, wenn dieser ebenfalls zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist.

3. Die Rechtsfolgen bei mehreren sich widersprechenden Weisungen.

Wenn mehrere Gesellschafter ohne Beschränkung auf einen bestimmten Geschäftsbereich zur Vertretung gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebes berechtigt, kann es geschehen, daß sie in derselben Angelegenheit sich inhaltlich widersprechende Anweisungen erlassen. Der Gesellschafter A gibt zum Beispiel Anweisung, die von der Firma X bestellte Maschine an deren Hauptniederlassung in Köln auszuliefern. Der Gesellschafter B ordnet kurz darauf ohne weitere Erklärung an, die Maschine an die Zweigniederlassung der Firma X in Düsseldorf zu senden. Der Arbeitnehmer, dem beide Weisungen zugegangen sind, steht vor der Frage, welche er zu befolgen hat oder was er sonst zu unternehmen verpflichtet ist.

Die Frage wird mit der Überlegung zu beantworten versucht, daß einander widersprechende Anordnungen sich gegenseitig aufheben und dem Arbeitnehmer daher im Grunde keine Weisung erteilt worden ist. Der Arbeitnehmer habe also keine der beiden an ihn ergangenen Weisungen zu befolgen².

Diese Folgerung ist zutreffend für den allerdings seltenen

1) Vgl. Hueck, OHG S. 93; Schlegelberger-Geßler § 115 Anm. 5; Weipert in RGRK z. HGB § 115 Anm. 15; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 115 Anm. 4.

2) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 126 Anm. 4; Wieland S. 591 Anm. 31 und für rechtsgeschäftliche Willenserklärungen allgemein Weipert in RGRK z. HGB § 115 Anm. 15 und § 126 Anm. 13; Schlegelberger-Geßler § 125 Anm. 7; RGZ 81, 95.

Fall, daß die sich widersprechenden Weisungen dem Arbeitnehmer gleichzeitig zugehen¹. Bei zeitlich aufeinander folgenden Anordnungen ist sie in dieser Allgemeinheit nicht gerechtfertigt. Geht dem Arbeitnehmer eine der früheren Anordnung eines anderen Gesellschafters in der Sache widersprechende Anweisung zu, so darf er in aller Regel davon ausgehen, daß mit der zuletzt ergangenen Anweisung - soweit der sachliche Widerspruch reicht - die frühere widerrufen werden soll. Diese Annahme entspricht der Erfahrung, daß die Gesellschafter im Normalfall zunächst unter sich eine Einigung über entstandene Meinungsverschiedenheiten zu erzielen versuchen und - wenn tatsächlich Einigkeit über die Unzweckmäßigkeit der ursprünglichen Anordnung erzielt worden ist - diese Anordnung durch einen Gesellschafter widerrufen lassen. Dabei kann der Widerruf ausdrücklich erfolgen; er kann aber ebenso in der Erteilung einer von der früheren Anweisung inhaltlich abweichenden neuen Anordnung liegen. Der Arbeitnehmer hat also grundsätzlich die zuletzt erhaltene Anweisung zu befolgen. Er wird lediglich dann der eingangs dargelegten Auffassung entsprechend untätig bleiben müssen, wenn aufgrund der gegebenen Umstände für den Arbeitnehmer keinerlei Anlaß zu der Annahme besteht, daß die zwischen den Gesellschaftern bestehenden Differenzen beigelegt sind. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Gesellschafter, der die frühere Anordnung erteilt hat, diese nach Erteilung der Gegenorder ausdrücklich wiederholt.

1) Vgl. § 130 I 2 BGB.

(B) DIE LOHNZAHLUNGSPFLICHT

Allgemeines

Der Lohn ist die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Tätigkeit des Arbeitnehmers. Beim entgeltlichen Arbeitsverhältnis ist die Pflicht zur Lohnzahlung Hauptpflicht des Arbeitgebers und steht der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers gegenüber¹. Die Entlohnung ist zwar nach der heute überwiegenden Lehre² für das Arbeitsverhältnis nicht wesentlich. Da aber in den meisten Fällen die Arbeit der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers dient, ist die Tätigkeit gegen Entgelt die Regel.

Die Lohnschuldner

Schuldner des dem Arbeitnehmer zustehenden Lohnes ist derjenige, in dessen Namen der Arbeitsvertrag geschlossen wurde.

Bei der OHG und der KG sind alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als die gemeinsamen Träger des einheitlichen Firmennamen zusammengefaßten Träger des Gesellschaftsvermögens³. Die einzelnen Gesellschafter der OHG und KG haften persönlich für die Lohnzahlungspflicht der Gesellschaft. Bei den Kommanditisten ist die

Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 262; Nikisch I, S. 323.
Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 48 ff; Nikisch I, S. 94, 324;
Kaskel-Dersch S. 23; Staudinger-Nipperdey-Neumann § 612
Anm. 8; Dietz, BetrVG § 4 Anm. 19; Dietz-Nikisch § 5
Anm. 11; Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages S. 17, 76;
Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts S. 64; Oehmann,
AR-Blattei, Lohnzahlung I; a.A. Schnorr v. Carolsfeld
S. 9; Lotmar S. 39; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 9;
(vgl. auch §§ 160, 165 RVO).
Vgl. S. 28.

Haftung allerdings auf den Betrag ihrer Einlage beschränkt (§ 161 I HGB). Im übrigen, also bei allen Gesellschaftern der OHG und den Komplementären der KG, ist die Haftung unbeschränkt und darüber hinaus unmittelbar, primär und gesamtschuldnerisch. Das heißt, die einzelnen Gesellschafter haften für die Lohnschulden der Gesellschaft mit Ausnahme der Kommanditisten in voller Höhe und nicht nur bis zu einem bestimmten Betrage. Der Arbeitnehmer kann jeden einzelnen dieser Gesellschafter direkt in Anspruch nehmen, nicht etwa nur durch Vermittlung der Gesellschaft. Er kann ihn sofort in Anspruch nehmen, ohne sich vorher an die Gesellschaft zu halten. Schließlich haften die einzelnen Gesellschafter auf den ganzen geschuldeten Betrag, nicht nur anteilmäßig. Die Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Lohnschulden der Gesellschaft wird auch durch Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft nicht ausgeschlossen. Es tritt allenfalls eine vorzeitige Verjährung der Lohnforderung diesem Gesellschafter gegenüber ein (§ 159, 161 II HGB)¹.

Die persönliche Haftung der Gesellschafter steht neben der Haftung der Gesellschaft, obgleich durch sie keine neben der Gesellschaftsschuld stehende weitere Verbindlichkeit der einzelnen Gesellschafter begründet wird². Der Arbeitnehmer kann daher nach seiner Wahl zuerst die OHG oder KG oder einzelne persönlich haftende Gesellschafter oder gleichzeitig beide in Anspruch nehmen.

1) Vgl. S. 115 ff.

2) So Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 2; Weipert in RGRZ. HGB § 128 Anm. 1; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 2; Staub § 128 Anm. 1; Ritter § 128 Anm. 2 u. 4; Karl Lehmann S. 108; Rospalt S. 241 ff; Würding S. 125; v. Godin S. 64; BGHZ 5, 37; 23, 302; im Ergebnis auch Hueck, Gesellschaftsrecht S. 76 und OHG S. 224 ff; - a.A. Wieland S. 637; Müller-Erzbach S. 205; Fischer S. 77 ff. - Vgl. auch hier S. 80.

III. Die Haftung auf Grund besonderer Vereinbarung

Andere Personen als diejenigen, mit denen vertragliche Beziehungen bestehen, haften für Lohnansprüche der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht ohne besondere Rechtsgrundlage¹. Eine solche ist auch erforderlich für eine persönliche Haftung der Kommanditisten über den Betrag ihrer Einlage hinaus.

In erster Linie kommen besondere vertragliche Vereinbarungen als Rechtsgrundlage für die unbeschränkte Haftung von Kommanditisten in Betracht. So kann sich beispielsweise ein Kommanditist durch Vertrag mit einem oder mehreren Arbeitnehmern der Gesellschaft zur persönlichen Haftung für die Lohnzahlung verpflichten. Er kann diese Haftung unbedingt oder auch nur für den Fall übernehmen, daß der Arbeitnehmer seinen Anspruch gegen den Arbeitgeber vergebens zu verwirklichen versucht hat. Rechtlich kann sich die Haftungsübernahme als kummulative Schuldübernahme oder als Garantieverklärung darstellen. Sie kann auch dadurch erfolgen, daß der betreffende Gesellschafter neben der Gesellschaft als Partei des Arbeitsvertrages auftritt. In allen Fällen hat der Arbeitnehmer einen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts gegen den nach gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten lediglich beschränkt haftenden Gesellschafter.

Abreden dieser Art können auch stillschweigend durch das schlüssige Verhalten des Gesellschafters zustande kommen. Zum Beispiel kann die persönliche Haftung eines Kommanditisten für die Lohnzahlung an einen bestimmten Arbeitnehmer der Gesellschaft dann begründet sein, wenn er selbst den Eintritt dieses Arbeitnehmers in den Betrieb als sein Gewährsmann bewirkt hat, um auf diese Weise zu verhindern, daß der in der Branche unkundige geschäftsführende Gesell-

1) Vgl. RAG 14, 65.

schafter fehlerhafte Geschäftsabschlüsse tätigt und damit seine Einlage gefährdet. In einem solchen Falle kann es dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Kommanditist sich seinem Gewährsmann gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung beruft und ihn wegen seines Gehaltes an die Gesellschaft und den Komplementär verweist¹. Dies wird insbesondere dann zutreffen, wenn den Beteiligten von vornherein bekannt war, daß der Gesellschaft und dem Komplementär keine Geldmittel zur Verfügung stehen.

Ob im Einzelfalle wirklich die Annahme gerechtfertigt ist, daß ein an sich nur beschränkt haftender Gesellschafter sich zur Zahlung der Lohnschulden des Arbeitgebers verpflichten oder auf seine Haftungsbeschränkung insoweit verzichten wollte, läßt sich allerdings nur unter sorgfältiger Würdigung aller begleitenden Umstände entscheiden.

1) Am Fall eines stillen Gesellschafters hat das BAG am 16.3.1955 (E 2,71 = AP Nr. 1 zu § 335 HGB) im hier dargelegten Sinne entschieden. Koenigs, Betrieb 55, 754 Anm. 10, vertritt beider Kritik dieser Entscheidung demgegenüber die Auffassung, daß dem stillen Gesellschafter die Berufung auf den Ausschluß der Haftung gem. § 335 II HGB nicht hätte versagt werden dürfen, da ein Mißbrauch der Rechtsform der stillen Gesellschaft ersichtlich nicht vorgelegen habe. Koenigs erkennt dabei, daß das BAG die Haftung des Stillen nicht aus einem Mißbrauch der Rechtsform der stillen Gesellschaft herleitete, sondern aus dem Umstand, daß ihn unabhängig von seiner Stellung als Gesellschafter mit dem Arbeitnehmer ein besonderes Vertrauensverhältnis verband. Folgerichtig hat das BAG dem stillen Gesellschafter die Berufung auf den Haftungsausschuß nicht schlechthin, sondern nur dem Vertrauensmann gegenüber und nur für die Dauer des Vertrauensverhältnisses verwehrt.

IV. Die Haftung auf Grund Rechtsscheins

Ein unmittelbarer Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts gegen einen nach dem Gesellschaftsvertrag beschränkt auf seine Einlage haftenden Gesellschafter über den Betrag dieser Einlage hinaus kann dem Arbeitnehmer aber auch dann zustehen, wenn keine entsprechende vertragliche Grundlage besteht.

Eine Haftung kann auch nach den Grundsätzen des Rechtsscheins eintreten.

1. Die Grundsätze des Rechtsscheins¹

Zum Schutze des redlichen Handelsverkehrs haben Rechtslehre und Rechtssprechung den heute gewohnheitsrechtlich geltenden Grundsatz entwickelt, daß jeder, der im Handelsverkehr eine öffentliche Erklärung abgibt, sich von gutgläubigen Dritten an dieser Erklärung festhalten lassen muß. Der Schutz der dritten Personen ist nur haftungsrechtlicher Art. Es soll die Erfüllung der einzelnen schuldrechtlichen Verträge gegenüber dem Vertragspartner gesichert werden.

Auf die handelsrechtlichen Personengesellschaften angewandt, bedeutet der Grundsatz, daß jeder, der als Gesellschafter einer OHG oder KG auftritt, damit auch stillschweigend die Erklärung abgibt, wie ein solcher Gesellschafter haften zu wollen, auch wenn er nicht Gesellschafter ist oder die Gesellschaft oder das Handelsgeschäft überhaupt nicht bestehen.

Eine derartige "Haftungserklärung" liegt beispielsweise darin, daß eine ein Kleingewerbe betreibende Gesellschaft, die nicht im Handelsregister eingetragen ist, oder eine kein Gewerbe betreibende Gesellschaft nach außen als OHG oder KG auftritt.

Eine "Haftungserklärung" ist auch darin zu sehen, daß sich

¹) Vgl. zur Frage der Haftung aufgrund Rechtsscheins Weipert in RGRK z. HGB § 105 Anm. 78, § 123 Anm. 18; Schlegelberger-Geßler § 123 Anm. 10 ff, § 335 Anm. 51; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 123 Anm. 9 ff; Fischer in RGRK z. BGB § 705 Anm. 28; Palandt § 705 Anm. 3 d; RGZ 76, 439; 89, 98; 142, 98; 145, 155; 164, 121.

jemand im Verkehr als Gesellschafter einer bestehenden oder nicht bestehenden Gesellschaft ausgibt. Hierzu gehören vor allem die Fälle, in denen Kommanditisten wie unbeschränkt persönlich haftende Gesellschafter oder sonstige der Gesellschaft fernstehende Personen als Geschäftsinhaber oder wie Gesellschafter einer OHG auftreten. Schließlich kommen die Grundsätze des Rechtsscheins zur Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag einer OHG oder KG nichtig ist, die "Gesellschaft" aber ihre Geschäfte aufgenommen hat, die Eintragung im Handelsregister angemeldet ist oder auf andere Weise ihr Eintritt in den Rechtsverkehr kundgemacht wurde¹.

In keinem Falle allerdings schafft die Kundgebung nach außen eine Gesellschaft in der dem Schein entsprechenden Form. So kommt keine OHG zustande, wenn mehrere Personen ohne Gesellschaftsvertrag als solche auftreten. Ebensowenig entsteht eine OHG, wenn die Kommanditisten wie persönlich haftende Gesellschafter auftreten. Die Grundsätze des Rechtsscheins lassen die Erklärenden lediglich im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten für die Verbindlichkeiten so haften, wie wenn eine Gesellschaft bestehen würde. Der Rechtsschein, den etwa ein Kommanditist oder auch ein Gesellschaftsfremder setzt, löst also tungsrechtlich die Wirkungen aus, die der außenstehende Dritte erwarten durfte².

Die Beteiligung an der Geschäftsführung für sich allein setzt keinen derartigen zur Haftung verpflichtenden Rechtsschein, sie nicht notwendig mit der Stellung als persönlich haftender Gesellschafter verbunden ist³. Auch hier wird eine Haftung durch das Auftreten als haftender Gesellschafter begründet⁴.

1) Vgl. Schlegelberger-Geßler § 123 Anm. 10ff; Weipert in RGRK HGB § 123 Anm. 18; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 123 A 9ff; ferner Hueck, OHG S. 34ff und Gesellschaftsrecht S. 6.

2) Vgl. Schlegelberger-Geßler § 123 Anm. 14; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 123 Anm. 10; Hueck, OHG S. 33 und 35 und Gesellschaftsrecht S. 56 und 60.

3) Z.B. können Kommanditisten zur Führung der Geschäfte befähigt werden; vgl. dazu S. 41 Anm. 3.

4) Nach den Grundsätzen des Rechtsscheins haftet nur, wer diesen Rechtsschein selbst setzt. Vgl. Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 38; Hueck, OHG S. 34 und Gesellschaftsrecht S.

Die Anwendung der Grundsätze des Rechtsscheins im Arbeitsrecht.

Die Grundsätze des Rechtsscheins gelten auch für die Lohnsprüche der Arbeitnehmer aus Arbeitsverträgen¹. Andernfalls würde man die Arbeitnehmer ohne berechtigten Grund schlechter stellen als andere Gläubiger. Es kommt nicht darauf an, ob zwischen demjenigen, der den Haftungsschein erteilt, und dem Arbeitnehmer personenrechtliche Beziehungen arbeitsvertraglicher Art zustande gekommen sind². Für die vor in Frage stehenden Fälle ist gerade typisch, daß solche Beziehungen nicht entstehen, sondern nur der Anschein eines Entstandenseins erweckt wird, während in Wirklichkeit ein anderer Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten ist, nämlich der Gesellschafterverband bei der OHG und die KG. Fordert man aber das Bestehen solcher personenrechtlichen Beziehungen, so hat das zur Folge, daß dem Arbeitnehmer ein unmittelbarer Anspruch gegen den betreffenden Gesellschafter nie erwachsen kann; denn ein Kommanditist etwa ist für sich allein niemals Arbeitgeber, selbst nicht im lediglich personenrechtlichen Sinne. Er nimmt personenrechtliche Arbeitgeberfunktionen allenfalls im Namen der Gesellschaft wahr.

Die Grundsätze des Rechtsscheins bedeuten vielmehr auch im Verhältnis zu Arbeitnehmern, daß sich jemand, der nicht persönlich unbeschränkt haftbar ist, aber so auftritt, im Verhältnis zu redlichen Arbeitnehmern so behandeln lassen muß, als ob der Schein Wirklichkeit wäre, er also persönlich haften würde.

Die Rechtssprechung des RAG hat sogar den Grundsatz entwickelt, daß derjenige, der durch sein Verhalten den Rechtsschein hervorruft, Vertragspartner der Arbeitnehmer zu sein, sich als Arbeitgeber mit allen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag behandeln lassen muß. Vgl. RAG, ARS 12, 369; 22, 193; 28, 299; zustimmend Nikisch I, S. 143.

Anders BAG 2,71=AP Nr.1 zu § 335 HGB; wie hier die in Anm. 1 zitierte Rechtssprechung des RAG, sowie Koenigs, Betrieb 55,754 und Hueck in der Anm. zu AP Nr. 1 zu § 335 HGB.

Die unbeschränkte Haftung eines Kommanditisten ist demnach jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Arbeitnehmer ihn nach seinem Auftreten ihnen gegenüber für einen persönlich mithaftenden Gesellschafter halten durften und gehalten haben.

Ob ein Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Gesellschafters mit Recht den Schluß ziehen durfte, dieser sei persönlich und unbeschränkt haftender Gesellschafter, ist Tatfrage. Entscheidend kommt es auf den Eindruck an, den der Arbeitnehmer bei Abschluß des Arbeitsvertrages gewinnen mußte. Für die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten sind dabei nicht die Eintragungen im Handelsregister maßgebend, da hier nicht ihre Haftung als Gesellschafter, sondern ihre Haftung neben der Gesellschaft, eben der auf Grund Rechtsscheins in Frage steht.

Nach Abschluß des Arbeitsvertrages eintretende Umstände, zum Beispiel das Auftreten des Kommanditisten als Arbeitnehmer gegenüber den bereits im Betrieb der Gesellschaft tätigen Arbeitnehmern, sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie die Entscheidung des Arbeitnehmers über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den nächsten zulässigen Kündigungstermin hinaus beeinflußt haben. Denn es soll nur derjenige geschützt werden, der im berechtigten Vertrauen auf den Rechtsschein ein Rechtsgeschäft vornimmt oder ein Dauerrechtsverhältnis fortsetzt. Der unmittelbare Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung des Arbeitsentgelts gegen einen Kommanditisten oder eine sonstige als Arbeitgeber auftretende Person würde daher enden, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis über den nächsten Kündigungstermin hinaus fortsetzt, nachdem er den wahren Sachverhalt erfahren hat.

• Die Lohnansprüche im Konkurs der Personenhandels-
gesellschaften und ihrer Gesellschafter

• Die Konkursfähigkeit der Personenhandels-
gesellschaften und ihrer Gesellschafter

Das Gesetz hat in den §§ 209 - 212 KO ausdrücklich aner-
kannt, daß die OHG und die KG einem gesonderten Konkursver-
fahren unterliegen können, obwohl sie nicht rechtsfähig
sind und ihr Vermögen nur eine Sondermasse des Gesellschaft-
svermögens darstellt.

Die Gesellschaftsgläubiger können sich während des Gesell-
schaftskonkurses auch an die einzelnen Gesellschafter halten,
soweit diese persönlich haften. Die Folge ist nicht selten,
daß auch diese zahlungsunfähig werden und in Konkurs gera-
ten. In diesem Falle können die Gesellschaftsgläubiger im
Gesellschafterkonkurs ihre Forderungen zwar voll anmelden,
Befriedigung aber nur für den Betrag beanspruchen, mit wel-
chem sie im Gesellschaftskonkurs ausfallen (§ 212 KO).

• Die Lohnansprüche als bevorrechtigte Konkursforderungen

• Personen, welche sich dem Gemeinschuldner zur Leistung
an Diensten für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder
Erwerbsgeschäft "verdungen" haben, sind wegen ihrer rück-
ständigen Forderungen aus dem letzten Jahr vor Konkurser-
öffnung an erster Stelle aller Konkursgläubiger aus der
Konkursmasse zu befriedigen (§ 61 Nr. 1 KO).

Darunter fallen - wie an anderer Stelle dargelegt wird¹ -
vor allem die Arbeitnehmer der Gesellschaft mit Einschluß
von Gesellschaftern, welche in einem echten Arbeitsverhält-
nis zu ihrer Gesellschaft stehen.

¹) Vgl. S. 172/173.

b) Befindet sich sowohl das Gesellschaftsvermögen einer OHG oder KG als auch das Vermögen eines ihrer persönlich haftenden Gesellschafter im Konkurs, so gilt das Konkursvorrecht der Lohnforderungen der Arbeitnehmer der Gesellschaft in beiden Konkursverfahren¹. Soweit die Arbeitnehmer mit ihren bevorrechtigten Lohnforderungen im Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen ausfallen, nehmen sie mit dem Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO am Konkursverfahren des Gesellschafters teil.

Das folgt einmal daraus, daß die Personengesellschaft von der Persönlichkeit ihrer Gesellschafter nicht zu trennen ist². Für die Haftung des Gesellschafters nach §§ 128, 16 II HGB bedeutet das: Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind zugleich Schulden der Gesellschafter. Gesellschaft und Gesellschafter sind keine Gesamtschuldner, sondern es besteht eine einheitliche Verpflichtung, für die zwei verschiedene Vermögensmassen haften. Der Gesellschafter hat demzufolge nicht für eine fremde Schuld einzustehen und nicht nur die Erfüllung durch die Gesellschaft zu erwirken, sondern jeder Gesellschafter ist zur persönlichen Erfüllung der Verbindlichkeit voll verpflichtet³. Den Arbeitnehmern der Gesellschaft steht es deshalb regelmäßig frei, ob sie erst die Gesellschaft oder sogleich die Gesellschafter wegen ihrer Lohnforderungen in Anspruch nehmen wollen. Wenn dann bei Inanspruchnahme zunächst des Gesellschafters die Arbeitnehmer im Konkursverfahren über das Vermögen dieses Gesellschafters ihr Vorrecht nicht geltend machen dürften, könnte es unter Umständen völlig verloren gehen, wenn hinterher ein Gesellschaftskonkurs wegen Erschöpfung der Masse

1) Vgl. Mentzel-Kuhn § 212 Anm. 6; Nikisch I, S. 444, 445; Siebert-Schultze-von Lasaulx § 718 Anm. 8; RAG 11, 32 BGHZ 34, 293; a.A. Jaeger II, § 212 Anm. 4.

2) Vgl. RGZ 43, 104; 118, 295 (298); BGHZ 23, 302.

3) Vgl. S. 72 Anm. 2.

nicht mehr eröffnet wird. Diese Lösung aber widerspricht dem Sinn der persönlichen Haftung der Gesellschafter.

Zum anderen spricht auch die Natur des Konkursvorrechts des § 61 Nr. 1 KO dafür, daß es sowohl im Konkursverfahren der Gesellschaft als auch im Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters gilt. Das Konkursvorrecht ist nämlich kein neben der Forderung bestehendes weiteres Recht, wie etwa das Pfandrecht oder die Bürgschaft, sondern eine Eigenschaft der Forderung¹. Es beruht auf demselben Entstehungsgrund wie die Forderung und haftet ihr als eine ihr selbst innewohnende Kraft an². Demnach kann eine Lohnforderung nicht im Verhältnis zur Gesellschaft bevorrechtigt sein und im Verhältnis zu den einzelnen persönlich haftenden Gesellschaftern nicht.

Schließlich entspricht die hier vertretene Auffassung auch dem gesetzlichen Zweck und der Billigkeit. § 61 Nr. 1 KO dient dem Lohnschutz. Arbeitnehmer sind regelmäßig wirtschaftlich abhängig und werden nicht jeden Lohnrückstand sofort rücksichtslos gegen ihren Arbeitgeber einklagen und vollstrecken. Als Ausgleich dafür erhalten sie für die Rückstände des letzten Jahres ein besonderes Vorrecht im Konkurs. Für diese Erwägung aber ist es gleichgültig, ob es sich um die Durchsetzung gegenüber der Gesellschaft oder den Gesellschaftern handelt, gegen die alle Gläubiger in beliebiger Reihenfolge vorgehen dürfen.

3. Die Lohnansprüche als Masseforderungen

a) Sofern der Konkursverwalter Arbeitsverhältnisse eingeht oder in vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung begründete Arbeitsverhältnisse eintritt (§§ 17, 22 KO), genießen die Lohnansprüche der Arbeitnehmer aus diesen Arbeits-

1) Vgl. BGH NJW 54, 31; BGHZ 34, 293 (298); a.A. Lorenz NJW 61, 813.

2) Vgl. RGZ 135, 25 (32); BGHZ 3, 135 (136); 13, 73 (77); 34, 293 (298).

verhältnissen, soweit sie aus der Zeit nach Konkurseröffnung stammen, das Vorrecht des § 59 Nr. 1 und 2 KO. Sie sind Masseschulden und als solche aus der Konkursmasse vorweg zu berichtigen.

Für einen etwaigen Ausfall haften die persönlich haftende Gesellschafter, da es sich um eine Gesellschaftsschuld handelt.

b) Eine Masseschuld im Gesellschaftskonkurs ist jedoch nicht ohne weiteres auch Masseschuld in den Konkursen der Gesellschafter¹. Denn Masseschulden entstehen nur durch Maßnahmen des Konkursverwalters, und dieser kann nur die von ihm verwaltete Konkursmasse verpflichten. So sind Lohnforderungen, welche im Konkurs der Gesellschaft Masseschulden sind, lediglich - wenn auch bevorrechtigte - Konkursforderungen, wenn nach Beendigung des Gesellschaftskonkurses auch über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet wird. Denn in diesem Konkurs ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt. Andererseits kommt die Arbeitsleistung auch nicht dem verhafteten Vermögen dieses Konkurses, sondern allein dem Gesellschaftsvermögen zugute. Nicht anders aber liegt es, wenn Gesellschaftskonkurs und Gesellschafterkonkurs zur gleichen Zeit laufen. Es macht auch nichts aus, daß in beiden Konkursen dieselbe Person als Konkursverwalter fungiert². Ist der Privatkonkurs gleichzeitig mit dem Gesellschaftskonkurs eröffnet worden, so haben Arbeitnehmer, die im Gesellschaftskonkurs hinsichtlich ihrer Lohnforderungen Massegläubiger sind, im Privatkonkurs des Gesellschafters nicht einmal eine Konkursforderung, falls ihre Lohnansprüche zur Zeit der Eröffnung des Privatkonkurses noch gar nicht bestanden.

1) Vgl. Jaeger II, § 212 Anm. 4; Mentzel-Kuhn § 212 Anm. Nikisch I, S. 444; RGZ 135,62; RAG 11,185; BGHZ 34,293 (295).

2) Vgl. RGZ 135,62.

(C) DIE FÜRSORGEPFLICHT

Inhalt und Grenzen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Vorbemerkung

Im Arbeitsverhältnis eine besondere Rolle spielende Treuepflicht¹, die den Beteiligten angesichts ihrer personalrechtlichen Bindung gegenseitig obliegt, wirkt sich auf die Pflichten des Arbeitgebers im wesentlichen als Pflicht zur Fürsorge für Leben, Gesundheit und Eigentum des Arbeitnehmers aus². Eine solche allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die letztlich aus der allgemeinen Schutzfunktion des Arbeitsrechts zu erklären ist³, ist heute als eine für alle Bereiche des Arbeitsrechts geltende Grundnorm anerkannt.

Als Teil der Treuepflicht des Arbeitgebers hat die Fürsorgepflicht zunächst die Bedeutung, daß sie den Inhalt und Umfang aller anderen Pflichten beeinflußt und näher bestimmt, wie es die Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers gerade erfordert. Insofern übernimmt die Fürsorgepflicht die Funktion des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB), welche im allgemeinen Schuldrecht den Maßstab dafür bildet, wie die geschuldete Leistung zu bringen ist.

Darüber hinaus ergeben sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht für den Arbeitgeber zahlreiche Einzelpflichten, die

Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 241 und Nikisch I, S. 445 mit dem dort angegebenen weiteren Schrifttum.

Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 390; Nikisch I, S. 470; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619 Anm. 2.

Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619 Anm. 2; Dersch, Festschrift für Herschel S. 74; Bulla RdA 50, 91; grundsätzlich zustimmend auch Hueck-Nipperdey I, S. 391, Anm. 6.

teilweise sogar eine besondere gesetzliche Regelung erfahren haben.

Im Vordergrund steht die Pflicht zur Fürsorge für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers wie sie in den §§ 617, 618 BGB, 62 HGB geregelt ist. Nicht gesetzlich geregelt, aber allgemein anerkannt sind in erster Linie die Pflicht des Arbeitgebers zur Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen¹, die Pflicht zur Fürsorge um das Eigentum des Arbeitnehmers², die Erfüllung der Verpflichtungen des Arbeitgebers aus der Sozialversicherung (zur Anmeldung, Beitragsentrichtung, Erstattung von Unfallanzeigen usw.), von deren Erledigung die Entstehung oder Erhaltung versicherungsrechtlicher Ansprüche abhängt³, ferner die Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung auch ohne ausdrückliche Bestimmung⁴, die Beschäftigungspflicht sowie die Auskunftspflicht des Arbeitgebers⁶.

2. Keine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft

All diese heute als aus der allgemeinen Fürsorgepflicht folgend anerkannten Einzelpflichten des Arbeitgebers haben gemeinsam, daß sie nicht lediglich sozial wünschenswert sind, sondern so sehr der heutigen Grundauffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses entsprechen, daß ihr etwaiges Nicht-

-
- 1) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 409; Nikisch I, S. 476; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619; ferner hier
 - 2) Vgl. Bulla, RdA 50, 88; Hueck-Nipperdey I, S. 405; Nikisch I, S. 479.
 - 3) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 410; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619 Anm. 10.
 - 4) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 417, 432; Nikisch I, S. 52; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619 Anm. 11; BAG, AP Nr. 6 u. 7 zu § 611 BGB (Urlaubsrecht).
 - 5) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 380 ff; Nikisch I, S. 512; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619 Anm. 12; BAG, AP Nr. 2 zu § 611 (Beschäftigungspflicht).
 - 6) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 417, 470; Nikisch I, S. 86; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619 Anm. 16.

landensein geradezu als unvereinbar mit dem Begriff "Arbeitsverhältnis" empfunden würde¹. Das entspricht dem vom Reichsarbeitsgericht² aufgestellten Grundsatz, daß nicht schlechthin jede aus der Treue- und Fürsorgepflicht denkbar abzuleitende Einzelpflicht ohne weiteres für den jeweiligen Arbeitnehmer einen entsprechenden vertraglichen Anspruch erzeugen kann. Einen solchen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch begründen vielmehr nur solche Pflichten, die sich ohne weiteres und ohne besonderen Rechtsgrund als typische Einzelpflicht im Rahmen der allgemeinen Fürsorgepflicht ergeben³.

Diesen Grundsätzen zufolge kann ein Anspruch des Arbeitnehmers einer OHG oder KG auf Aufklärung über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft - sei es durch entsprechende Auskunftserteilung oder Gewährung des Einblicks in den Gesellschaftsvertrag - nur bestehen, wenn sich seine Versagung als unvereinbar mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses erweist.

Zum Wesen des Arbeitsverhältnisses gehört die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber und daraus folgend das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Dieses wiederum läßt sich nur praktisch verwirklichen - und das gilt im besonderen bei Personenmehrheiten wie die OHG und die KG - wenn der Arbeitnehmer weiß, wessen Weisungen er unterworfen ist, wem er also den Gehorsam schuldet. Das aber ist bei der OHG und der KG grundsätzlich eine Frage der Vertretung der Gesellschaft⁴, so daß tatsächlich die Kenntnis der Rechtsverhältnisse der Gesellschaft in gewissem Umfang zum Wesen der mit einer OHG und KG bestehenden Arbeitsverhältnisse gehört.

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617-619 Anm. 7(a).
2) Vgl. RAG ARS 33, 172(176) mit Anm. von Hueck.
3) Vgl. Anm. 1
4) Vgl. S. 35/36.

Es gehört jedoch nicht zum Wesen solcher Arbeitsverhältnisse, daß gerade der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer diese Kenntnis verschafft. Die Rechtslage ist im Verhältnis der OHG und der KG zu Dritten, also auch zu ihren Arbeitnehmern, gerade so gestaltet, daß es weit weniger auf das richtige oder falsche Verhalten der Gesellschaften bzw. ihrer Vertreter als vielmehr darauf ankommt, was die Dritten für richtig halten durften und gehalten haben. So genießt der Arbeitnehmer in den Fällen, in denen er in unverschuldeter Unkenntnis vom Bestehen oder Nichtbestehen der Vertretungsmacht eines Gesellschafters ungerechtfertigt eine Weisung befolgt oder den Gehorsam verweigert, den Schutz des § 15 HGB. Wenn er im übrigen von der Weisungsbefugnis aller persönlich haftenden Gesellschafter und der zumindest geschäftsführungsbefugten Gesellschafter, also praktisch aller Gesellschafter, mit denen er als Arbeitnehmer zu tun hat, ausgeht, so können ihm keine Nachteile entstehen.

Es empfiehlt sich zwar im Interesse aller Beteiligten, daß der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer bei Begründung des Arbeitsverhältnisses oder spätestens auf Verlangen darüber aufklärt, welchen der Gesellschafter gegenüber er gehorsamspflichtig ist.

Da es jedoch für den Arbeitnehmer grundsätzlich ohne Folgen ist, wenn der Arbeitgeber eine derartige Aufklärung unterläßt, ist auch die Annahme gerechtfertigt, daß das Fehlen einer Rechtspflicht zur Aufklärung mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbar ist.

Der Arbeitnehmer einer OHG oder KG hat daher keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch darauf, vom Arbeitgeber Auskunft über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft oder gar Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag zu verlangen.

. Die Haftung für die Verletzung von Fürsorgepflichten

Die Rechtsfolgen der Verletzung der Fürsorgepflichten

Die soeben besprochenen Fürsorgepflichten sind privatrechtlicher Natur. Aus der Nichterfüllung dieser Pflichten seitens des Arbeitgebers ergeben sich daher Rechtsfolgen nur im dem Privatrechtsgebiet. Was auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften geboten ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des Arbeitnehmerschutzrechts¹.

Wenn die Fürsorgepflicht nicht erfüllt, so kann der Arbeitnehmer zunächst auf Erfüllung klagen².

Bei schuldhafter Verletzung der Fürsorgepflicht kann der Arbeitnehmer aber auch fristlos kündigen (§§ 626 BGB, 71 3 ArbZG beschränkt nach § 124 I 5 GewO) und nach § 628 II BGB Schadensersatz verlangen³.

Der Arbeitnehmer hat weiterhin die Möglichkeit, bei Nichterfüllung der Fürsorgepflicht in Ausübung des ihm zustehenden Zurückhaltungsrechts (§ 320 BGB) die Arbeitsleistung zu verweigern⁴.

Wird der Arbeitnehmer durch eine vom Arbeitgeber zu vertretende (§§ 276, 278 BGB) Verletzung der Fürsorgepflicht geschädigt, so ist der Arbeitgeber schließlich zum Schadensersatz verpflichtet⁵. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich auch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung

Vgl. S. 168/169.

Vgl. Nikisch I, S. 485; Kaskel-Dersch S. 204; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 618 Anm. 4 ff; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 201; Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler § 120a Anm. 3d; im wesentlichen auch Hueck-Nipperdey I, S. 396; abweichend Planck § 611 Anm. 5 b; Titze in Ehrenbergs Handbuch II, S. 856. Vgl. dazu auch RG 106, 272 (274). Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 618 Anm. 58. Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 397; Nikisch I, S. 486; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 618 Anm. 59. Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 397; Nikisch I, S. 489 ff; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 618 Anm. 41 ff.

Die Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers aus den am häufigsten auftretenden Schadensfällen, den Arbeitsunfällen (§ 618 III BGB), ist allerdings durch die Regelung der §§ 636 ff RVO weitgehend ausgeschlossen.

2. Die Haftung für die Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen aus der Verletzung der Fürsorgepflicht treffen diejenigen, die auf Seiten des Arbeitgebers Träger der Fürsorgepflicht sind. Bei der OHG und der KG sind dies die sämtlichen Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit¹. Erfüllungsansprüche richten sich also gegen die Gesamthand der Gesellschaft.

Diese muß sich auch das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten (sei dies eine Vertragsverletzung, sei es eine unerlaubte Handlung) ihrer vertretungsbefugten Gesellschafter zu rechnen lassen (§ 31 BGB²). Es haftet deshalb für etwaige Schadensersatzforderungen der Arbeitnehmer ebenfalls der Gesellschafterverband. Die einzelnen Gesellschafter haften nach den für ihre Gesellschaft geltenden Haftungsgrundsätzen.

1) Vgl. S. 28

2) Die entsprechende Anwendbarkeit des § 31 auch für OHG und KG, obwohl sie nicht juristische Personen sind (vgl. S. 22 Anm. 2), ist heute ganz herrschende Meinung. Vgl. u.a. Hueck, OHG S. 199 und Gesellschaftsrecht S. 72; Baumbach-Duden § 124 Anm. 3 B; Staudinger-Coing § 31 Anm. 4; Palandt § 31 Anm. 1; ferner RGZ 76, 35 (48) und in ständige Rechtsprechung BGH NJW 52, 538; 58, 379; LM Nr. 1 zu § 1 HGB.

Fünftes Kapitel

ZU DEN ARBEITGEBERFUNKTIONEN IM BEREICH
DES KOLLEKTIVEN ARBEITSRECHTS

(A) BETRIEBSVERFASSUNGSRECHT

I. Die betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeberfunktionen und ihre Träger

1. Die Anhörungs- und Beratungspflichten

a) Das Betriebsverfassungsgesetz verwirklicht die Beteiligung der Arbeitnehmer in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten des Betriebes durch Einräumung der unterschiedlichsten Formen der Einflußnahme auf das betriebliche Geschehen. Hier interessieren nur solche Beteiligungsrechte, die dem Arbeitgeber eine Mitwirkungs- pflicht auferlegen; denn nur insoweit können sich überhaupt Unterschiede daraus ergeben, daß eine Personenmehrheit statt einer einzelnen Person Arbeitgeber ist.

Die schwächste Form der hier in Frage kommenden Beteiligungsrechte ist das Recht der Arbeitnehmerschaft auf Information durch den Arbeitgeber. Ein solches Informationsrecht kennt das Betriebsverfassungsgesetz in den §§ 61 I, 65 und 66 II, wonach dem Betriebsrat als dem Repräsentanten der Belegschaft¹ geplante Einstellungen, Entlassungen und personelle Veränderungen leitender Angestellter mitzuteilen sind. Ein Informationsrecht enthalten auch die §§ 67 II, 69 III und IV und 71 BetrVG, wonach der Unternehmer den Wirtschaftsausschuß² über die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens zu unterrichten und ihm und dem Betriebsrat den Jahresabschluß zu erläutern hat.

Eine andere, stärkere Form der Beteiligung sieht § 66 I BetrVG vor. Danach hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor

- 1) Der Streit über die Rechtsstellung des Betriebsrates ist hier ohne Bedeutung. Vgl. dazu Hueck-Nipperdey II, S. 687 ff; Kaskel-Dersch S. 286 ff; Dietz, BetrVG § 1 Anm.
- 2) Zur Frage der Mitgliedschaft von Gesellschaftern im Wirtschaftsausschuß vgl. S. 95 ff

jeder Kündigung zu hören.

Noch weiter geht das Beratungsrecht gemäß § 66 II BetrVG, wonach sich der Arbeitgeber vor Masseneinstellungen und Entlassungen mit dem Betriebsrat zu beraten und mit dessen Gründen auseinanderzusetzen hat.

b) Arbeitgeber bzw. Unternehmer im Sinne dieser Bestimmungen sind bei der OHG und der KG immer alle Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, als welche sie Träger aller betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten sind¹. Die Wahrnehmung dieser Pflichten erfolgt grundsätzlich durch die kraft Gesetzes oder nach dem Gesellschaftsvertrag vertretungsberechtigten Personen. Denn diese sind, da die Rechtsbeziehungen zur Belegschaft der Vertretung der Gesellschaft unterliegen², allein in der Lage, Rechtshandlungen für die Gesellschaft rechtswirksam vorzunehmen. Die Information und die Anhörung des Betriebsrats durch ein Vertretungsorgan der Gesellschaft oder die Beratung mit einem vertretungsbefugten Gesellschafter ist also in jedem Falle hinreichend. Die organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft können sich darüber hinaus im Rahmen des allgemeinen Vertretungs- und Vollmachtsrechts durch jede andere Person vertreten lassen, so etwa durch leitende Angestellte oder andere Gesellschafter³. Geschäftsführungsbefugte Gesellschafter werden im allgemeinen als stillschweigend zur Wahrnehmung der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeberaufgaben bevollmächtigt anzusehen sein.⁴.

2. Gemeinsame Beschlüsse und ihre Durchführung

a) Das vertrauensvolle Zusammenwirken von Arbeitgeber und Betriebsrat, wie es § 49 BetrVG fordert, findet seinen

1) Vgl. S. 28.

2) Vgl. S. 37 ff.

3) Vgl. Dietz, BetrVG § 1 Anm. 28 a.

4) Vgl. S. 44 ff.

deutlichsten Ausdruck in gemeinsam gefaßten Beschlüssen (§ 51 I BetrVG). Das sind nicht nur Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 52 II BetrVG¹, sondern alle Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat überhaupt. Solche Vereinbarungen kommen auch nicht nur dort in Betracht, wo das Gesetz dem Betriebsrat ein besonders bezeichnetes Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrecht eingeräumt hat, sondern im ganzen Aufgabenbereich des Betriebsrates. Es kann sich sowohl um die Festlegung allgemeiner Normen als auch um die Regelung einzelner Angelegenheiten handeln².

b) In den Betrieben einer OHG oder KG werden derartige Vereinbarungen mit dem Betriebsrat immer durch die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Personen oder deren rechtsgeschäftliche Vertreter getroffen. Diese handeln jedoch nicht im eigenen Namen, sondern für und im Namen der Gesellschaft.

Träger der aus den gemeinsamen Beschlüssen für den Arbeitgeber erwachsenden Rechte und Pflichten ist bei der OHG und der KG somit der Gesamthandsverband aller Gesellschafter. Dieser trägt auch die Verantwortung für die Folgen der zur Durchführung der gemeinsamen Beschlüsse getroffenen Maßnahmen.

c) Entsprechendes gilt für die **A u s f ü h r u n g** der vom Arbeitgeber gemeinsam mit dem Betriebsrat gefaßten Beschlüsse. Die Ausführung obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber (§ 52 I 1 BetrVG). Das ist bei der OHG und der KG der Gesellschafterverband³. Dieser wird vertreten durch seine Vertretungsorgane. Darüberhinaus ist die rechtsgeschäftliche Vertretung durch andere Personen beliebig zulässig.

1) Derartige Betriebsvereinbarungen läßt das Gesetz ausdrücklich in den §§ 38,43 II,47 II,III, 56,57,60 III 3, 61 III und 75 BetrVG zu.

2) Individualvereinbarungen zählen allerdings nur Hueck-Nipperdey II, S.788 Anm.1a u. Goetz Hueck RdA 52,371ff zu den Betriebsvereinbarungen, während die überwiegende Lehre nun generelle Abreden als Betriebsvereinbarungen ansieht; so u.a.Dietz, BetrVG § 52 Anm.35 ff;Galperin-Siebert § 52 Anm. 19; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 52 Anm. 14.

3) Vgl. S. 28 ff.

3. Die Kostenlast des Arbeitgebers

Gemäß § 19 III BetrVG hat der Arbeitgeber die sächlichen Kosten der Wahl des Betriebsrates zu tragen. Das sind die durch den Aufwand an materiellen Mitteln für die Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahl entstehenden Kosten¹.

§ 39 I BetrVG bestimmt, daß der Arbeitgeber auch für die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten aufzukommen hat.

Arbeitgeber im Sinne dieser Vorschriften ist bei der OHG und der KG wiederum der gesamthänderische Gesellschafterverband². Die Haftung der einzelnen Gesellschafter für die Kosten richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften³.

4. Der Strafantrag nach § 79 II BetrVG

Die weitgehende Auskunft- und Aufklärungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat verlangt, daß er vor Verrat vertraulicher Angaben und Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geschützt wird. Diesen Schutz des Arbeitgebers gewährt die Strafbestimmung des § 79 BetrVG. Da geschütztes Rechtssubjekt der Arbeitgeber selbst ist, hängt von seinem Antrag ab, ob die Strafverfolgung eintritt (§ 79 III BetrVG).

Dieser Antrag ist Rechtshandlung im Sinne der §§ 126, 161 II HGB. Er ist deshalb Gegenstand der Vertretung, wenn Arbeitgeber eine OHG oder eine KG ist. Bei Bruch der Verschwiegenheitspflicht kann also grundsätzlich jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter der OHG oder KG den Strafantrag stellen⁴.

1) Vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 19 Anm. 20.

2) Vgl. S. 28 ff.

3) Vgl. §§ 128 ff, 161 II, 171 ff HGB.

4) Vgl. Schönke-Schröder § 61 Anm. 13; Hueck, OHG S. 198.

Eine Beschränkung der Antragsberechtigung auf die Vertreter der Gesellschaft würde jedoch dem Zweck der Vorschrift des § 79 BetrVG zuwiderlaufen. Dieser gilt dem Schutz des Vermögens des Arbeitgebers vor den Folgen einer Indiskretion der Betriebsratsmitglieder. Bei der OHG und der KG sind Träger des geschützten Vermögens die sämtlichen Gesellschafter zur gesamten Hand. Dieses Gesamthandsverhältnis beschränkt zwar die Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Es beschränkt jedoch nicht sein Recht am Vermögen selbst. Da die Personenhandelsgesellschaften - wie heute anerkannt ist - nicht juristische Personen sind, erscheint daher jeder Gesellschafter als ein am Vermögen der Gesellschaft unmittelbar Beteiligter und damit als Mitträger des durch einen Bruch der Verschwiegenheitspflicht angegriffenen Rechtsgutes. Es wird also durch eine Zuwiderhandlung gegen die Verschwiegenheitspflicht jeder einzelne Gesellschafter der OHG und der KG verletzt. Die Person des Verletzten aber ist für die Antragsberechtigung entscheidend¹, während die gesamthänderische Beschränkung des Gesellschafters in der Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen mit der Frage der Berechtigung zur Stellung des Strafantrags, die öffentlichrechtlicher Art ist, nichts zu tun hat.

Es ist deshalb neben den Vertretern der Gesellschaft auch jeder einzelne Gesellschafter einer OHG oder KG als ein in jedem Falle durch den Bruch der Verschwiegenheitspflicht Verletzter berechtigt, im eigenen Namen die Strafverfolgung zu beantragen².

Zulässig ist auch eine Stellvertretung bei der Ausübung des Antragsrechts³. So können die Gesellschafter der OHG und der KG beliebige andere Personen damit beauftragen, für sie den Strafantrag gemäß § 79 III BetrVG zu stellen.

1) Vgl. Maurach S. 790

2) Vgl. Schönke-Schröder § 61 Anm. 13; RGSt 41, 103.

3) Vgl. Schönke-Schröder § 61 Anm. 14ff; RGSt 61, 45; 68, 263.

I. Die strafrechtliche Haftung

Das Betriebsverfassungsgesetz enthält Strafvorschriften in den §§ 78 und 79. Die Bestimmung des § 79 BetrVG bezweckt den Schutz des Arbeitgebers, richtet sich mit ihrer Strafdrohung also nicht gegen ihn. Die Vorschrift des § 78 BetrVG dient dem Schutz der Bildung der betriebsverfassungsrechtlichen Organe, ihrer Tätigkeit und ihrer Unterrichtung gegen Behinderung, Störung und unzulässige Beeinflussung. Die Strafdrohung des § 78 BetrVG richtet sich gegen jedermann, nicht nur gegen den Arbeitgeber und seine Vertreter. Allerdings kann die Straftat der Verletzung einer Aufklärungs- oder Auskunftspflicht (§ 78 I, lit.d.BetrVG) praktisch nur vom Arbeitgeber und seinen Vertretern begangen werden. Da jedoch auch für diesen Fall nicht ausdrücklich der Arbeitgeber, sondern jedermann mit Strafe bedroht ist, der den Straftatbestand erfüllt, ergeben sich keine Schwierigkeiten, wenn statt einer Einzelperson eine im allgemeinen strafrechtlich nicht verantwortliche Personengesamtheit wie die OHG oder die KG¹ Arbeitgeber ist. Denn die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschafter kann unabhängig von ihrer Rechtsstellung innerhalb der Gesellschaft allein nach ihrer persönlichen Schuld festgestellt werden. So kann sich durchaus der Fall ergeben, daß sich lediglich einer von mehreren vertretungsbefugten Gesellschaftern einer OHG oder KG nach § 78 BetrVG strafbar macht, während die übrigen straffrei bleiben.

III. Die Zugehörigkeit von Gesellschaftern zum Wirtschaftsausschuß

Zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen dem Betriebsrat und dem Unternehmer sowie zur Sicherstellung gegenseitiger Unterrichtung in wirtschaftlichen Angelegenheiten wird in Un-

¹⁾ Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S. 72 und OHG S. 200.

ternehmen mit in der Regel mehr als einhundert ständigen Arbeitnehmern ein Wirtschaftsausschuß gebildet (§ 67 I BetrVG). Die Mitglieder werden je zur Hälfte vom Betriebsrat und vom Unternehmer bestimmt (§ 68 II und III BetrVG). Als Mitglieder kommen nur Personen in Betracht, die dem Unternehmen angehören (§ 68 I BetrVG).

Für die Zusammensetzung des Wirtschaftsausschusses der von Personenhandelsgesellschaften betriebenen Unternehmen erhebt sich die Frage, ob und inwieweit Gesellschafter selbst dem Wirtschaftsausschuß angehören können.

1. Die Unternehmenszugehörigkeit der Gesellschafter

Es kann nur Mitglied des Wirtschaftsausschusses sein, wer dem Unternehmen angehört (§ 68 I BetrVG).

Was Zugehörigkeit zum Unternehmen hier bedeutet, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Einrichtung des Wirtschaftsausschusses. Er soll die Zusammenarbeit zwischen dem Unternehmer und dem Betriebsrat fördern (§ 67 I BetrVG). Er dient damit letztlich dem Zusammenwirken zwischen dem Unternehmer und der Belegschaft, also den in der Betriebsgemeinschaft zusammengeschlossenen Personen. Den Begriff der Unternehmenszugehörigkeit wird man daher als Eingliederung in die personelle Organisation des Unternehmens auszulegen haben. Demnach sind Unternehmensangehörige alle Personen, die an der wirtschaftlichen und betrieblichen Tätigkeit des Unternehmens in irgendeiner Funktion aktiv beteiligt sind. Dem Unternehmen angehören heißt also grundsätzlich in ihm tätig sein¹. Die Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist nicht erforderlich². Andererseits reicht

1) Vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 864; Dietz, BetrVG § 68 Anm. 4; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 68 Anm. 4; Maus, Handbuch VIII, § 68 Anm. 6; a.A. Galperin-Siebert § 68 Anm. 10.

2) Vgl. Dietz, BetrVG § 68 Anm. 4; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 68 Anm. 4; Galperin-Siebert § 68 Anm. 10; Wistinghausen, BlStSozArbR 58, 172.

eine rein wirtschaftliche oder überwachende Beteiligung nicht aus, um die Unternehmenszugehörigkeit im Sinne des § 68 I BetrVG zu begründen¹.

Zweifelhaft ist, ob die Zugehörigkeit der Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaften zum Unternehmen gleichfalls ihre Tätigkeit im Unternehmen voraussetzt. Zweifel ergeben sich aus der Wesensart der OHG und der KG.

Diese Gesellschaften besitzen keine Rechtsfähigkeit². Wo sie unter ihrer Firma als Unternehmer in Erscheinung treten, ist in Wahrheit der jeweilige personenrechtliche Gesellschafterverband der Unternehmer. Die einzelnen Gesellschafter sind auf Grund ihrer Mitgliedschaft in diesem Verband Mitunternehmer. Sofern sie von der Geschäftsführung bzw. Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind, nehmen zwar andere ihre Unternehmerfunktionen für sie wahr. Ihrer Rechtsstellung als Mitunternehmer tut dies jedoch keinen Abbruch. Denn die Unternehmereigenschaft läßt sich mangels Rechtsfähigkeit des Gesellschafterverbandes nicht getrennt von der Person jedes einzelnen Gesellschafters betrachten. So kommt es, daß die Gesellschafter der OHG und der KG in jedem Falle die Stellung von Mitunternehmern besitzen, einerlei, ob sie zur Geschäftsführung oder Vertretung der Gesellschaft berufen oder sonstwie im Unternehmen tätig sind oder nicht³.

Auch der Gesetzgeber stellt die Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft auf die Ebene des Unternehmers, indem er sie aus dem Kreis der Arbeitnehmer ausnimmt (§ 4 II BetrVG).

-
- 1) Vgl. Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 68 Anm. 4; Hessel, BB 52, 921 ff.
 - 2) Vgl. S. 22 Anm. 2.
 - 3) Vgl. Dersch-Volkmar § 5 Anm. 102; Hueck, Gesellschaftsrecht S. 100; Dersch, RdA 51, 214. Vgl. auch hier S. 141, 162.

Die Eigenschaft als Mitunternehmer aber schließt in jedem Falle die Zugehörigkeit zum Unternehmen ein; denn der Unternehmer ist der Träger des Unternehmens¹.

Gesellschafter der OHG und der KG gehören daher auch dann dem Unternehmen an, wenn sie nicht zur Vertretung der Gesellschaft berufen und auch nicht sonstwie in dem zum Unternehmen gehörenden Betrieb tätig sind².

2. Unternehmer im Wirtschaftsausschuß

Führt die Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft nach der hier vertretenen Auffassung auch ohne weiteres zur Unternehmenszugehörigkeit, so fragt sich nunmehr, ob die Mitunternehmerstellung der Gesellschafter nicht andererseits der Mitgliedschaft im Wirtschaftsausschuß entgegensteht. Bedenken können sich aus den Vorschriften der §§ 68 und 69 BetrVG ergeben. Nach § 68 III bestimmt der Unternehmer die Hälfte der Mitglieder des Wirtschaftsausschusses. § 69 sieht vor, daß der Unternehmer den Wirtschaftsausschuß Auskünfte zu erteilen und auf dessen Ver-

-
- 1) Vgl. Dietz, BetrVG § 68 Anm. 4; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 68 Anm. 4 und 5. Demgegenüber vertreten Galperin-Siebert § 68 Anm. 11 die Auffassung, daß der Unternehmer und "die Organe, die zu seiner Vertretung berechtigt sind" dem Unternehmen nicht angehören. Sie verweisen zur Begründung auf das Beispiel der juristischen Person als Unternehmer. Damit, daß die juristische Person selbst dem Unternehmen im Sinne der im Text gegebenen Definition (Vgl. S. 96) nicht angehört, ist jedoch noch nicht gesagt, daß auch ihre Vertretungsorgane als die eigentlichen Leiter des Unternehmens ihm nicht angehören. Im übrigen ist wohl auch nicht vertretbar, wenn sie den Unternehmer und die zu seiner Vertretung berufenen Gesellschafter nicht, die nicht vertretungsbefugten Gesellschafter aber doch (§ 68 Anm. 10) als zum Unternehmen gehörig ansehen.
 - 2) So auch Dietz, BetrVG § 68 Anm. 4, wenn er annimmt, daß auch nicht vertretungsbefugte Gesellschafter einer OHG oder KG Mitglied des Wirtschaftsausschusses sein können. Im Ergebnis ebenso Galperin-Siebert § 68 Anm. 10; vgl. dazu jedoch Anm. 1.

angen sich selbst an den Sitzungen des Ausschusses zu beteiligen oder einen zuständigen Vertreter zu entsenden hat (§ 69 II) und daß er zusammen mit dem Wirtschaftsausschuß der Belegschaft vierteljährlich Bericht geben muß (§ 69 III).

Daraus wird überwiegend gefolgert, der Gesetzgeber gehe davon aus, daß der Unternehmer und die ihm gemäß § 4 II a und BetrVG gleichgestellten Personen die sozialen Gegenspieler des Wirtschaftsausschusses seien und ihm daher selbst nicht angehören könnten¹.

Diese im wesentlichen auf formalen Erwägungen beruhende Folgerung geht fehl.

Die erwähnten Bestimmungen sowohl des § 68 als auch des § 69 BetrVG regeln zwar den Fall, daß der Unternehmer und die ihm gleichgestellten Personen nicht Mitglied des Wirtschaftsausschusses sind. Sie brauchen auch nicht Mitglied zu sein und werden es auch häufig nicht sein. Es besteht über kein berechtigter Anlaß, von dem Unternehmer zu fordern, daß er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtungen gemäß § 69 II und III BetrVG der Vermittlung Dritter bedienen muß, statt sich selbst als Mitglied zu benennen. Auch wenn er selbst Mitglied des Ausschusses ist, kann er den ihm gegenüber dem Ausschuß obliegenden Pflichten nachkommen. Aus diesem Grunde erscheint es angebracht, dem Unternehmer und den ihm gleichgestellten Personen die gleichen Möglichkeiten einzuräumen wie dem Betriebsrat, dessen Mitglieder dem Wirtschaftsausschuß ebenfalls angehören können².

Stärker noch als diese Formalen Gegengründe ist die Überlegung, daß es dem Zweck der Einrichtung des Wirtschaftsausschusses nur dienlich sein kann, wenn der Unternehmer selbst

1) Vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 864 mit Anm. 12; Galperin-Siebert § 68 Anm. 11; Erdmann § 68 Anm. 13, 14; Hessel, BB 52, 921 ff; Roesch, BlStSozArbR 53, 235; Thon, AuR 53, 258; v. Winterfeld, AuR 55, 164; Wistinghausen, BlStSozArbR 58, 172.

2) Vgl. § 68 I 1, II 1 BetrVG. Daß das Gesetz für den Unternehmer und die ihm gleichgestellten Personen keine ausdrückliche Regelung trifft, darf den im Text angestellten Überlegungen nicht entgegenstehen.

in den Wirtschaftsausschuß eintritt. Wie eingangs bereits erwähnt¹, ist der Wirtschaftsausschuß nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur eine Einigungsstelle zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten auf wirtschaftlichem Gebiet. Er soll vielmehr über die Ausräumung von Mißverständnissen und Gegensätzen hinaus die Arbeitnehmerschaft an die Mitverantwortung für die gemeinsame Arbeit und das gemeinsame Unternehmen heranführen und in der gegenseitigen Auswertung der Kenntnisse, Erfahrungen, Bedürfnisse, Schwierigkeiten und Möglichkeiten praktische Arbeit leisten². Aufgabe des Wirtschaftsausschusses ist also in erster Linie, einen wechselseitigen Erfahrungsaustausch zwischen Geschäftsleitung und Arbeitnehmerschaft herzustellen. Es liegt auf der Hand, daß die Erreichung dieses Ziels gefördert wird, wenn der Unternehmer oder die ihm gleichgestellten Personen, also Vertreter des auf Unternehmerseite an einer gedeihlichen Zusammenarbeit unmittelbar und am stärksten interessierten Personenkreises, dem Wirtschaftsausschuß selbst angehören³.

Steht somit die Unternehmereigenschaft der Zugehörigkeit zum Wirtschaftsausschuß nicht entgegen, so können auch die Gesellschafter einer OHG und einer KG ungeachtet ihrer Mitunternehmerstellung als Mitglied des Wirtschaftsausschusses benannt werden⁴.

1) Vgl. S. 95.

2) Vgl. Galperin-Siebert § 67 Anm. 11.

3) Wie hier Dietz BetrVG § 68 Anm. 4; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 68 Anm. 5 und § 69 Anm. 5; Neumann-Duesberg S. 586/587; Maus, Handbuch VIII § 68 Anm. 7.

4) Ebenso Dietz, § 68 Anm. 4; Fitting-Kraegeloh-Auffarth § 68 Anm. 4; Neumann-Duesberg S. 586 jeweils durch Bezugnahme auf die in § 4 II a genannten Personen.

(B) TARIFVERTRAGSRECHT

Das materielle Tarifvertragsrecht hat heute im Tarifvertragsgesetz¹ eine für die gesamte Bundesrepublik einheitliche gesetzliche Regelung erhalten. Dieses Gesetz regelt den Tarifvertrag. Das ist ein schriftlicher Vertrag zwischen einer oder mehreren Gewerkschaften einerseits und einem oder mehreren Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden andererseits zur Regelung von Rechten und Pflichten der Tarifvertragsparteien und zur Festsetzung von arbeitsrechtlichen Normen (§ 1 TVG).

Das Tarifvertragsrecht enthält zwei Probleme, die im Zusammenhang mit den Personenhandelsgesellschaften besonderer Beachtung bedürfen: die Tariffähigkeit und die Tarifgebundenheit der Personenhandelsgesellschaften.

I. Die Tariffähigkeit der Personenhandelsgesellschaften

Tariffähigkeit ist die Fähigkeit, Partei eines Tarifvertrages zu sein. Sie ist die rechtliche Voraussetzung dafür, daß eine Einzelperson oder ein Verband Träger tariflicher Rechte und Pflichten sein kann. Die Tariffähigkeit muß nicht nur bei Abschluß eines neuen Tarifvertrages vorliegen, sondern sie muß auch beim Beitritt zu einem zwischen anderen Tarifpartnern bereits bestehenden Tarifvertrag sowie beim Abschluß sogenannter Anschlußtarifverträge vorhanden sein².

1) Tarifvertragsgesetz vom 9.4.1949 in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 11.1.1952.

2) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 2 Anm. 1.

Tariffähig sind auf Arbeitgeberseite neben den Vereinigungen von Arbeitgebern (Arbeitgeberverbände) und den Zusammenschlüssen von Vereinigungen von Arbeitgebern (Spitzenorganisationen) auch die einzelnen Arbeitgeber.

Arbeitgeber ist jeder, der mindestens einen anderen (Arbeitnehmer) auf Grund abhängigen Arbeitsverhältnisses beschäftigt¹. Beim Tarifvertrag handelt es sich um die Regelung von Rechten und Pflichten, die den Inhaber des Betriebes treffen. Arbeitgeber im tarifrechtlichen Sinne und damit tariffähig ist also immer nur dieser. Hat der Betrieb mehrere Inhaber, wie es bei der OHG und der KG der Fall ist, so sind alle Gesellschafter tariffähig². Die Gesellschafter besitzen diese Fähigkeit jedoch nicht jeder für sich allein, sondern in gleicher Weise wie sie Inhaber des von der Gesellschaft betriebenen Handelsgewerbes sind, nämlich in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Der einzelne Gesellschafter ist im Verhältnis zu den Arbeitnehmern der Gesellschaft nicht Arbeitgeber und insoweit nicht tariffähig. Partei eines mit einer OHG oder KG zu schließenden Tarifvertrages kann also nur der gesamthänderische Gesellschafterverband unter seiner Firma sein³.

II. Die Tarifgebundenheit bei den Personenhandelsgesellschaften

Unter Tarifgebundenheit versteht man die Zugehörigkeit zu dem Personenkreis, auf den sich innerhalb des Geltungsbereichs eines Tarifvertrages die Normensetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien erstrecken kann⁴. Die Tarifgebunden-

1) Vgl. zum allgemeinen Arbeitgeberbegriff S. 13 ff.

2) Vgl. Nikisch II, S. 240.

3) So auch Maus, TVG § 2 Anm. 51, 52; ferner Pakebusch S. 93.

4) So Maus, TVG § 3 Anm. 6; Vgl. auch Hueck-Nipperdey II, S. 335 und Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 3 Anm. 1, die im Hinblick auf den klaren Wortlaut des § 4 I TVG mit Recht darauf hinweisen, daß Tarifgebundenheit und persönlicher Geltungsbereich nicht identische Begriffe sind. Dagegen macht diesen Unterschied nicht Nikisch II, S. 261.

heit besteht kraft Gesetzes (§ 3 I TVG). Sie bewirkt in erster Linie die Bindung der Mitglieder der Tarifvertragsparteien bzw. des Arbeitgebers, der selbst Tarifvertragspartei ist, an den normativen Teil des Tarifvertrages, während die schuldrechtliche Bindung des Tarifvertrages unmittelbar nur die tarifschließenden Parteien ergreift¹. Als tarifgebundene Personenkreise kommen die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer in Frage.

Ein Arbeitgeber ist tarifgebunden, wenn er selbst Tarifvertragspartei oder Mitglied eines tarifschließenden Arbeitgeberverbandes ist.

1. Der Arbeitgeber als Tarifvertragspartei

Die Tarifgebundenheit setzt zunächst das Bestehen eines rechtsgültigen Tarifvertrages voraus. Das wiederum erfordert bei einem Tarifvertrag, bei dem der Arbeitgeber selbst Partei sein soll (Firmen- oder Werktarif), dessen Tariffähigkeit.

Bei den Personenhandelsgesellschaften ist - wie zuvor festgestellt wurde - allein der Gesellschafterverband tariffähig, während die einzelnen Gesellschafter für sich allein nicht Partei eines die Gesellschaft bindenden Tarifvertrages sein können.

a) Ein Firmentarifvertrag kann von einer OHG oder einer KG daher nur rechtswirksam abgeschlossen werden, wenn der Abschluß im Namen aller Gesellschafter erfolgt². Das ist namentlich dann der Fall, wenn der Tarifvertrag unter der Firma der betreffenden OHG oder KG geschlossen wird. Allein ein in dieser Weise errichteter Tarifvertrag bewirkt die Tarifgebundenheit der Gesellschaft, das heißt der Gesellschafter in ihrer

1) Wohl aber führen die schuldrechtlichen Bestimmungen zu einer "Bindung" der Mitglieder gegenüber ihrem eigenen Verband: Sie sind verpflichtet, ihren Verband instand zu setzen, den Tarifvertrag der Gegenseite gegenüber zu erfüllen; vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 350; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 3 Anm. 31; auch Nikisch II, S. 261 Anm. 1, der sich allerdings im Hinblick auf Bedeutung und Wortlaut des § 3 TVG mit Recht dagegen wendet, daß diese vereinsrechtliche Verpflichtung der Verbandsmitglieder als "Tarifgebundenheit" bezeichnet wird.

2) Vgl. Nikisch II, S. 240.

jeweiligen gesamthänderischen Verbundenheit.

Der Gesellschafterverband ist dann Träger aller aus dem Tarifvertrag folgenden Arbeitgeberpflichten. Es treffen ihn die aus dem verpflichtenden Teil des Tarifvertrages folgenden Tarifierfüllungspflichten, wie insbesondere die Friedenspflicht und die Durchführungspflicht. Er ist ebenso Träger der aus dem normativen Teil des Tarifvertrages herrührenden Pflichten. So muß der Gesellschafterverband bei beiderseitiger Tarifgebundenheit den Arbeitnehmern die tariflich vereinbarten Arbeitsbedingungen gewähren.

Die Gesellschaften erfüllen ihre Pflichten durch die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung berufenen Gesellschafter. Diese wiederum können sich beliebiger anderer Personen zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedienen.

b) Wird ein Firmentarifvertrag dagegen nicht unter der Firma der OHG oder KG oder sonst im Namen aller Gesellschafter geschlossen, etwa weil der Vertreter nicht erkennbar im Namen der Gesellschaft oder sogar ausdrücklich in eigenem Namen auftritt, so kommt ein Tarifvertrag nicht zustande:

Mit dem Gesellschafterverband, der an sich tariffähig ist, besteht ein Tarifvertrag deshalb nicht, weil dieser nicht die zum Abschluß notwendigen und ihm durch seine Vertreter auch möglichen Willenserklärungen abgegeben hat.

Mit dem handelnden Gesellschafter ist kein Tarifvertrag zustande gekommen, weil dieser außerhalb des Gesellschafterverbandes nicht Arbeitgeber der im Betrieb der Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer und deshalb insoweit nicht tariffähig ist. Die Tariffähigkeit aber ist gesetzliche Voraussetzung für einen wirksamen Tarifvertrag.

Da kein Tarifvertrag besteht, ist auch niemand der auf Seiten des Arbeitgebers Beteiligten aus den abgegebenen Erklärungen tarifrechtlich gebunden.

2. Der Arbeitgeber als Mitglied eines tarifschließenden Arbeitgeberverbandes

Von weit größerer Bedeutung als die Firmentarife sind heute die Verbandstarife. Das sind die zwischen Arbeitgeberverbänden oder Spitzenorganisationen einerseits und Gewerkschaften andererseits geschlossenen Tarifverträge.

Für die Frage, ob ein Arbeitgeber tarifgebunden ist oder nicht, ist hier seine Mitgliedschaft in dem vertragsschließenden Arbeitgeberverband maßgebend; denn aus dem Erwerb der Mitgliedschaft zu einem Arbeitgeberverband, der auch Tarifverträge abschließt, ergibt sich die Tarifgebundenheit als automatische Rechtsfolge (§ 3 I TVG). Einer Erklärung des Arbeitgebers, daß er sich an die Tarifverträge, die sein Verband abschließt, binden will, bedarf es deshalb nicht. Die normale Rechtsform der Arbeitgeberverbände ist der rechtsfähige Verein¹. Wie und von wem die Mitgliedschaft in einem solchen Verband erworben werden kann, bestimmt sich nach dem inneren Vereinsrecht, also nach der Satzung des Verbandes, die nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auch über den Eintritt der Mitglieder Bestimmungen enthalten soll².

a) Die Mitgliedschaft von Personengesamtheiten, namentlich auch Personenhandelsgesellschaften, dürfte ebenso wie die Mitgliedschaft von natürlichen Einzelpersonen und juristischen Personen in den Satzungen der meisten Arbeitgeberverbände vorgesehen sein. Andererseits sind die Personenhandelsgesellschaften gemäß den §§ 124, 161 II HGB in der Lage, unter ihrer Firma die mit der Mitgliedschaft in einem Verein verbundenen Rechte und Pflichten zu erwerben. In den Fällen, in denen Personenhandelsgesellschaften einem Arbeitgeberverband unter ihrer Firma als Mitglied beitreten, ist ihre Tarifgebundenheit unzweifelhaft.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 60/61.

2) Vgl. §§ 25, 58 Ziff. 1 BGB; ferner auch Hueck-Nipperdey II, S. 341.

b) Es fragt sich, ob die Tarifbindung für eine Personenhandels-gesellschaft auch eintritt, wenn nicht die Gesellschaft unter ihrer Firma als Mitglied im Arbeitgeberverband angemeldet ist, sondern ein oder mehrere Gesellschafter dem Verband beitreten oder die bei Gründung der Gesellschaft oder Eintritt in diese die bereits bestehende Mitgliedschaft aufrechterhalten. Die Verbandssatzung wird in der Regel Bestimmungen zu dieser Frage nicht enthalten.

Grundsätzlich ist hierzu festzuhalten, daß die Mitgliedschaft nur eines oder mehrerer Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft in einem Arbeitgeberverband nicht ausreicht, um die Tarifgebundenheit der Gesellschaft zu begründen¹. Dies folgt aus der Natur dieser Gesellschaften. Sie sind von dem Grundsatz der gesamten Hand beherrschte Personengesamtheiten. Dieser Grundsatz beruht auf einer personenrechtlichen Verbundenheit der Gesellschafter. Infolge dieser Verbundenheit aber herrscht in Bezug auf die Möglichkeit, Rechte zum Gesellschaftsvermögen zu erwerben und dieses Vermögen durch Eingehung von Verpflichtungen zu belasten, nicht der Wille der einzelnen Gesellschafter, sondern der aller Gesellschafter in ihrer Gesamtheit². Es kann daher die auf dem Einzelwillen beruhende Mitgliedschaft einzelner Gesellschafter in einem Arbeitgeberverband grundsätzlich nicht die Bindung der Gesamthand begründen.

aa) Von diesem Grundsatz läßt die Rechtssprechung³ eine Ausnahme für den Fall zu, daß der einzige persönlich haftende Gesellschafter einer KG die Mitgliedschaft zu einem Arbeitgeberverband unterhält. In diesem Falle sei davon auszugehen, daß die KG selbst Mitglied des Verbandes und damit tarifgebunden ist.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 342; Nikisch II, S. 265; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 3 Anm. 12.

2) Vgl. S. 28 ff.

3) Vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 2 TVG und LAG Bremen, AP Nr. 1 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz).

Dem ist zuzustimmen¹. Der alleinige persönlich haftende Gesellschafter einer KG hat infolge seiner ausschließlichen Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber Dritten eine so starke und überwiegende Stellung, daß es nur auf seinen Willen und sein Verhalten ankommt, ob durch seine Verbandszugehörigkeit zugleich auch eine Bindung der KG selbst bewirkt werden soll. Andererseits folgt aus der Interessenlage in der Regel, daß der Leiter eines wirtschaftlichen Unternehmens wirtschaftlichen Verbänden und Organisationen lediglich oder doch überwiegend aus geschäftlichen Gründen und somit im Interesse seines Unternehmens angehört. Es kann somit die Vermutung aufgestellt werden, daß die Mitgliedschaft des einzigen persönlich haftenden und damit zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter einer KG in einem tariffähigen und üblicherweise Tarifverträge abschließenden Verband von ihm in seiner Eigenschaft als Leiter und Repräsentant seiner Gesellschaft erworben oder aufrechterhalten wird. Eine rein persönliche Bedeutung wird einer solchen Verbandsmitgliedschaft nur dann zukommen, wenn sich einwandfrei feststellen läßt, daß der Komplementär nicht in dieser Eigenschaft der Tarifvertragspartei angehört. Ein solcher Fall könnte beispielsweise vorliegen, wenn ein Gewerbetreibender die lange vor seiner Beteiligung an der Gesellschaft begründete Mitgliedschaft zu einem tariffähigen Verband aufrechterhält, der etwa wie die Handwerksinnung zugleich eine Standesvereinigung ist. In diesem Falle ist es denkbar, daß der betreffende Gewerbetreibende den ihm lieb gewordenen Kreis der Berufsgenossen auf Grund seiner persönlichen Bindungen nicht verlassen will und darum Mitglied des Verbandes bleibt.

1) Ebenso Tophoven in Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 2 TVG und Gumpert in Anm. zu LAG Bremen, AP Nr. 1 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz); vgl. ferner Hueck-Nipperdey II, S. 342; Nikisch II, S. 265; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 3 Anm. 12.

Dagegen läßt die Tatsache, daß die Verbandsbeiträge nicht in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft verbucht werden, für sich allein nicht den Schluß zu, daß es sich bei den abgeführten Beträgen um persönliche Beiträge der Gesellschafter und nicht um solche der Gesellschaft handelt.

Auch die Eintragung des betreffenden Gesellschafters in die Mitgliedsliste des Arbeitgeberverbandes gestattet nicht ohne weiteres den Schluß, daß er persönlich und nicht als Repräsentant der Gesellschaft Mitglied ist. Denn die Eintragungen in die Mitgliedsliste haben keine rechtsbegründende Bedeutung für den Mitgliedschaftserwerb. Das Unterbleiben der Eintragung der Gesellschaft unter ihrer Firma rechtfertigt daher für sich allein nicht die Annahme, diese sei nicht Mitglied des Verbandes.

Wohl aber kann dieser Schluß aus der Berechnung der Beiträge gezogen werden. So ist beispielsweise ein Gewerbetreibender persönlich Mitglied des Verbandes, wenn er nicht die nach der Gehilfenzahl gestaffelten Beiträge der Innungsmeister oder einen Pauschbetrag, sondern den für einzelne Meister vorgesehenen Betrag entrichtet hat¹.

bb) Die oben zitierte Rechtsprechung hatte nur Fälle zu entscheiden, in denen jeweils der einzige persönlich haftende Gesellschafter einer KG Mitglied eines Arbeitgeberverbandes war. Die hierzu entwickelten Grundsätze können jedoch in gleicher Weise Gültigkeit für die Mitgliedschaft nur eines von mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern und für die Gesellschafter einer OHG ebenso wie für die Komplementäre einer KG haben. Die zur Mitgliedschaft des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters der KG aufgestellte Vermutung, daß sie im Zweifel für die Gesellschaft begründet oder aufrechterhalten wird, knüpft an das Alleinvertretungsrecht des betreffenden Gesellschafters und da-

1) Vgl. zu diesen Fragen die Entscheidungsgründe zu BAG, AP Nr. 2 zu § 2 TVG.

ran an, daß ein Interesse an der Verbandsmitgliedschaft in der Regel nur für die Gesellschaft gegeben ist. Diese Voraussetzungen liegen auch dann vor, wenn der verbandszugehörige Gesellschafter zwar nicht der einzige vertretungsbefugte Gesellschafter, jedoch ermächtigt ist, die Gesellschaft allein zu vertreten. Auch in diesem Falle ist die Stellung des Gesellschafters gegenüber Dritten so stark, daß allein sein Wille und sein Verhalten dafür entscheidend sein kann, ob die Gesellschaft dem Verband angehören soll oder nicht. Auch die Interessenlage ist die gleiche wie bei der Verbandszugehörigkeit des einzigen zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafters. Auch hier dürften die Fälle, in denen eine Verbandszugehörigkeit des Gesellschafters und nicht der Gesellschaft gewollt ist, so ungewöhnlich sein, daß eine solche Ausnahme nur Beachtung finden kann, wenn sie sich einwandfrei feststellen läßt. Es besteht darum keine Veranlassung, die aufgestellte Vermutung nicht auch auf die Mitgliedschaft eines von mehreren zur Alleinvertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafters auszudehnen, gleichgültig, ob es sich um Gesellschafter der OHG oder um Komplementäre der KG handelt¹.

Besteht aber eine Vermutung für die Mitgliedschaft der Gesellschaft im Arbeitgeberverband auch bei Verbandszugehörigkeit eines von mehreren zur Alleinvertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafters, so ist die Mitgliedschaft der Gesellschaft erst recht auch dann anzunehmen, wenn alle vertretungsbefugten oder überhaupt alle Gesellschafter dem Verband angehören². Auf der anderen Seite besteht nach der hier vertretenen Auffassung kein Anlaß, für die Mitglied-

-
- 1) Ebenso Gumpert in Anm. zu LAG Bremen AP Nr. 1 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz).
 - 2) Im Ergebnis ebenso Hueck-Nipperdey II, S. 342; Nikisch II, S. 265; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 3 Anm. 12; Tophoven in Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu TVG.

schaft der Gesellschaft die Verbandszugehörigkeit aller vertretungsberechtigten Gesellschafter zu fordern¹.

cc) Gleichgültig aber, ob der einzige persönlich haftende Gesellschafter, einer von mehreren oder alle vertretungsberechtigten Gesellschafter Mitglied des Arbeitgeberverbandes sind, es ergeben sich mit der Vermutung, daß daraus die Verbandszugehörigkeit und die Tarifbindung der Gesellschaft folgt, stets dann Schwierigkeiten, wenn der oder die betreffenden Gesellschafter zugleich Gesellschafter einer anderen Gesellschaft sind und auch diese Gesellschaft allein vertreten. Es fragt sich, für welche der Gesellschaften die Verbandszugehörigkeit dann vermutet werden soll. In den meisten Fällen werden die konkreten Umstände darüber Aufschluß geben können. So spricht beispielsweise für die Mitgliedschaft der einen oder anderen Gesellschaft sicherlich, daß von ihr die Verbandsbeiträge bezahlt und in ihren Geschäftsbüchern verbucht werden. Läßt sich nicht feststellen, für welche der Gesellschaften die Mitgliedschaft aufrechterhalten werden sollte, so muß die oben aufgestellte Vermutung versagen mit der Folge, daß keine der Gesellschaften Verbandsmitglied und damit auch keine der Gesellschaften tarifgebunden ist.

1) So ohne nähere Begründung Hueck-Nipperdey II, S. 342; Nikisch II, S. 265; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 3 Anm.12.

Sechstes Kapitel

DIE AUSWIRKUNGEN RECHTLICHER VERÄNDERUNGEN DER
GESELLSCHAFT AUF DIE ARBEITSVERHÄLTNISSE

(A) DIE ARBEITSRECHTLICHEN FOLGEN
DES GESELLSCHAFTERWECHSELS

Die OHG und die KG sind Personengesellschaften. Das Gesetz macht deshalb ihren Fortbestand grundsätzlich von der unveränderten Personenzusammensetzung abhängig. Der Fortfall auch nur eines Gesellschafters vernichtet grundsätzlich die ganze Gesellschaft¹. Auf der anderen Seite braucht sich niemand gegen seinen Willen einen neuen Gesellschafter aufdrängen zu lassen. Dieser Grundsatz dient jedoch dem Schutz der Gesellschafter. Er ist deshalb nicht zwingend. So können auch bei Fortfall einzelner Mitglieder die übrigen Gesellschafter die OHG oder die KG fortsetzen, wenn sie darüber einig sind². Ebenso ist auch ein Eintritt neuer Gesellschafter möglich, wenn die übrigen Gesellschafter damit einverstanden sind³. Das Ausscheiden eines Gesellschafters kann freiwillig oder zwangsweise erfolgen. Der Eintritt neuer Gesellschafter kann sich auf Grund Aufnahmevertrages oder durch Erbfolge vollziehen⁴.

I. Die Folgen für die Wirksamkeit der Arbeitsverhältnisse

Durch das Ausscheiden oder den Eintritt eines Gesellschafters wird die Identität der Gesellschaft nicht aufgehoben⁵. Der Wechsel von Gesellschaftern ist vielmehr eine interne, lediglich die Gesellschafter selbst angehende Angelegenheit.

- 1) Vgl. §§ 131 Nr. 4, 161 II HGB. - Wenn § 177 für Kommanditisten ausdrücklich eine Ausnahme macht, so bestätigt das nur diesen Grundsatz.
- 2) Vgl. §§ 138 - 141, 159, 161 II HGB.
- 3) Vgl. §§ 24, 107, 130, 161 II, 173 HGB.
- 4) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S. 39 ff, 79 ff und OHG S. 283 ff mit weiteren Nachweisen in Anm. 1 S. 283.
- 5) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S. 40, 42 und OHG S. 286, 328; Weipert in RGRK z. HGB § 130 Anm. 4 und § 138 Anm. 7; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 130 Anm. 1 und § 138 Anm. 7; Heymann-Kötter § 138 Anm. 5; Fischer in RGRK z. BGB § 736 Anm. 4; RGZ 82, 160.

Die OHG bzw. die KG als solche bleibt bestehen. Es liegt nicht etwa infolge der Änderung des Mitgliederbestandes eine Neugründung vor. Auch eine Änderung des Firmennamens hat keinen Einfluß auf die Identität der Gesellschaft¹. Eine Übertragung des Gesellschaftsvermögens ist nicht erforderlich. Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern kraft Gesetzes zu². Umgekehrt erwirbt der neu eintretende Gesellschafter mit seinem Eintritt in die Gesamthandsgemeinschaft automatisch einen Anteil am Gesellschaftsvermögen³.

Da die Gesellschaft somit in ihrer ursprünglichen Identität fortbesteht, werden auch die zwischen ihr und Dritten bestehenden Rechtsverhältnisse von dem Gesellschafterwechsel nicht berührt⁴.

Dies wird man grundsätzlich auch für Arbeitsverhältnisse anzunehmen haben, obwohl sie wesentlich personenrechtlich gestaltet sind⁵. Ebenso wie sonstige Schuldverhältnisse können auch Arbeitsverhältnisse mit einer OHG oder KG unter deren Kollektivfirma begründet werden, ohne daß den betreffenden Arbeitnehmer Name und die Persönlichkeit der Gesellschafter bekannt sein muß. Es kommt deshalb auch für den Bestand des Arbeitsverhältnisses in aller Regel nicht auf die persönliche Zusammensetzung des unter der Firma zusammengefaßten Gesellschafterverbandes an. Der Mitgliederwechsel hat daher grundsätzlich keine Folgen für die Wirksamkeit der mit der OHG oder der KG bestehenden Arbeitsverhältnisse. Ebensowenig stellt der Mitgliederwechsel für sich allein einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar.

1) Vgl. § 24 HGB.

2) Vgl. § 738 BGB, §§ 105 II, 161 II HGB.

3) Vgl. RGZ 82, 160.

4) Vgl. Hueck, OHG S. 328

5) Vgl. S. 25.

- 114 -

Davon bestehen jedoch Ausnahmen.

So sind Fälle denkbar, bei denen es für das Arbeitsverhältnis ausnahmsweise entscheidend auf die Person eines bestimmten Gesellschafters ankommt.

In erster Linie kommt hier in Betracht, daß ein Arbeitnehmer zu rein oder überwiegend persönlichen Diensten verpflichtet ist. Ein Beispiel bietet das Arbeitsverhältnis mit einem Privatsekretär. Hier kann die Dienstleistung mit der Person eines Gesellschafters so eng verbunden sein, daß nach seinem Fortfall die Arbeitsleistung nicht ohne Veränderung ihres Inhalts möglich ist¹. Gegebenenfalls ist dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Er wird es deshalb aus wichtigem Grund kündigen können. Möglich ist allerdings auch, daß nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages das Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters als Endtermin des Arbeitsverhältnisses zu gelten hat. Dann kommt eine außerordentliche Kündigung nicht mehr in Betracht. Ob die eine oder andere Rechtsfolge eintritt, ist Frage der Auslegung des Arbeitsvertrages.

Es kann für das Arbeitsverhältnis aber auch insofern auf die Person eines bestimmten Gesellschafters ankommen als diesem selbst im Rahmen des Arbeitsverhältnisses besondere Aufgaben zufallen, die nicht von anderen Gesellschaftern wahrgenommen werden können. Es ist dabei an das Lehrverhältnis gedacht. Dieses ist nach herrschender Lehre ein Arbeitsverhältnis². Doch ist es im Gegensatz zu sonstigen Arbeitsverhältnissen durch den Ausbildungs- und Erziehungszweck besonders charakterisiert. Demzufolge kommt es für das Lehr-

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 515 mit Anm. 11.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 83; Kaskel-Dersch S. 248; Schnorr v. Carolsfeld S. 102; Maus, Arbeitsverhältnis S. 110; Herschel S. 114; Dietz, BetrVG § 4 Anm. 9; Dietz-Nikisch § 5 Anm. 34; RAG ARS 2, 147; 4, 85; 4, 118; 10, 147; Abweichend Nikisch I, S. 870.

Arbeitsverhältnis entscheidend auf die Person des Lehrherrn an. Der ansonsten interne Vorgang eines Gesellschafterwechsels kann daher - ebenso wie der Tod des Lehrherrn¹ - einen wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung des Lehrverhältnisses im Sinne der §§ 77 III HGB, 127 b II GewO und 25 II HandwO darstellen, wenn mit ihm der ausbildende Meister aus der Gesellschaft ausscheidet. Wie in allen Fällen der Kündigung aus wichtigem Grunde wird es dabei jedoch auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. Insbesondere wird entscheidend sein, ob die fachgerechte Ausbildung des Lehrlings auch nach dem Ausscheiden des Meisters aus der Gesellschaft noch gewährleistet ist. Dies wird man dann annehmen können, wenn die Ausbildung, Beaufsichtigung und Erziehung des Lehrlings nicht allein in den Händen des ausgeschiedenen Gesellschafters lag, sondern auch andere, in der Gesellschaft verbleibende Gesellschafter daran teilnahmen. Ferner ist dem Lehrling dann die Fortsetzung des Lehrverhältnisses zuzumuten, wenn für den ausscheidenden Gesellschafter ein gleichermaßen qualifizierter Meister in die Gesellschaft eintritt und die begonnene Ausbildung des Lehrlings fortführt.

II. Die Haftung für die Lohnschulden der Gesellschaft

1. Haftung des ausscheidenden Gesellschafters

Der ausscheidende Gesellschafter haftet für die Lohnschulden der Gesellschaft aus den nach seinem Ausscheiden begründeten Arbeitsverhältnissen grundsätzlich nicht mehr. Er ist lediglich dann dafür haftbar, wenn sein Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen worden ist und er es deshalb gutgläubigen Arbeitnehmern nicht entgegenhalten darf².

1) Vgl. §§ 77 IV HGB, 127 b III GewO, 25 III HandwO.

2) Vgl. §§ 15 I, 106 II 1, 161 II HGB.

Für die Lohnforderungen der Arbeitnehmer der Gesellschaft aus den im Zeitpunkt seines Ausscheidens schon bestehenden Arbeitsverhältnissen bleibt der ausscheidende Gesellschafter indessen haftbar.

Das gilt nicht nur für persönlich haftende Gesellschafter. Auch die Haftung der Kommanditisten dauert über ihr Ausscheiden hinaus fort. Denn die ihnen zurückgewährte Einlage gilt als nicht geleistet. Ihre persönliche Haftung lebt daher mit ihrem Ausscheiden bis zur Höhe ihrer Einlage wieder auf (§ 171 I HGB).

Auch die Tatsache, daß es sich bei dem Arbeitsverhältnis um ein Dauerschuldverhältnis handelt und die Leistungen daraus teilweise erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgen sollen, läßt keine andere Beurteilung zu. Das Wesen der persönlichen Haftung ist dadurch gekennzeichnet, daß die Stellung der Gläubiger durch das Ausscheiden eines Gesellschafters, als dessen persönliche Schuld die Verpflichtung auch entstanden ist, nicht beeinträchtigt wird¹. Dem würde es widersprechen, wollte man die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters dahin abschwächen, daß diese nur für die vor seinem Austritt fällig gewordenen Schulden der Gesellschaft besteht. Es wird daher mit Recht allgemein angenommen, daß der ausscheidende Gesellschafter auch für die erst nach seinem Austritt fällig werdenden Lohnschulden aus vorher begründeten Arbeitsverhältnissen haftet, wie wenn er noch Mitglied der Gesellschaft wäre².

Zweifelhaft ist indessen, ob die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für die Lohnschulden auch über den Zeitpunkt hinaus fort dauert, zu welchem der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nach Ausscheiden des Gesellschafters hätte

1) Vgl. Hueck, OHG S. 331

2) Vgl. Hueck, OHG S. 330; Weipert in RGRK z. HGB § 128 Anm. 29; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 31; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 17; Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 B; Fischer NJW 1959, 923; RGZ 125, 417 (419) und BGHZ 36, 224 (225) = LM Nr. 10 zu § 128 HGB zum Verwahrungsvertrag

kündigen können. Hierzu hat die Auffassung Anerkennung gefunden, daß die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für die nach diesem Zeitpunkt fällig werdenden Lohnschulden entfällt, sofern der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis in Kenntnis des Ausscheidens des Gesellschafters über diesen Termin hinaus fortsetzt¹. Dem ist zuzustimmen. Es entspricht der Verkehrsauffassung, daß laufende Ausgaben der Gesellschaft wie die Ausgaben für die Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer von denjenigen getragen werden, denen auch die Arbeitsleistung zugute kommt. Das sind nach dem Ausscheiden des einen oder anderen Gesellschafters die verbleibenden Gesellschafter. Auch die Arbeitnehmer der Gesellschaft werden in aller Regel davon ausgehen, daß für die jeweils fällig werdenden Lohnforderungen lediglich die Gesellschafter persönlich haften, die zu diesem Zeitpunkt Gesellschafter sind. Es wird deshalb mit Recht die Vermutung aufgestellt, daß Arbeitnehmer, die ihr Arbeitsverhältnis in Kenntnis des Ausscheidens eines Gesellschafters über den nächsten zulässigen Kündigungstermin hinaus stillschweigend fortsetzen, damit die verbleibenden Gesellschafter als die alleinigen Lohnschuldner akzeptieren und den ausscheidenden Gesellschafter aus seiner Haftung entlassen. Dieses Ergebnis entspricht auch dem praktischen Bedürfnis, ausscheidende Gesellschafter nicht auf unabsehbare Zeit und in kaum abschätzbarer Höhe für die Lohnschulden

1) Vgl. Hueck, OHG S. 330 Anm. 44; Weipert in RGRK z.HGB § 128 Anm. 29; Fischer NJW 1959, 923/924 und Anm. zu BGH LM Nr. 10 zu § 128 HGB; ferner Hueck-Nipperdey I S. 519 für den ähnlichen Fall der Übertragung des Unternehmens. Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 B verlangen, daß dem Arbeitnehmer nach Lage des Falles die Kündigung zumutbar sein muß; hierauf kann es nicht ankommen, da der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, die Entlassung des ausscheidenden Gesellschafters aus der Haftung durch entsprechende Erklärung zu verhindern; vgl. hierzu die Ausführungen im Text. Auch Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 34 räumen die Möglichkeit ein, daß im Unterlassen der möglichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses die stillschweigende Entlassung des ausscheidenden Gesellschafters aus seiner Haftung liegen kann.

der Gesellschaft haften zu lassen, was ansonsten nur auf dem äußerst unpraktischen Weg erreicht werden könnte, daß die Gesellschaft ihrerseits alle laufenden Arbeitsverhältnisse kündigt und zugleich das Angebot abgibt, sie bei Verzicht auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters zu erneuern¹. Andererseits ist dieses Ergebnis auch für die Arbeitnehmer tragbar. Denn es bleibt ihnen unbenommen, die Entlassung des ausscheidenden Gesellschafters aus der Haftung zu verhindern, indem sie der Gesellschaft oder dem ausscheidenden Gesellschafter gegenüber eine entsprechende Erklärung abgeben. Diese Erklärung hat jedoch unverzüglich, also ohne schuldhaftes Verzögern² nach Erlangen der Kenntnis von dem Ausscheiden des Gesellschafters zu erfolgen.

2. Die Haftung des eintretenden Gesellschafters

Der neu eintretende Gesellschafter haftet für die Lohnschulden der Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie vor oder nach seinem Eintritt entstanden sind³.

Da die Haftung das Außenverhältnis der Gesellschaft betrifft, beginnt sie nicht schon mit Abschluß des Aufnahmevertrages, sondern erst, wenn der Eintritt nach außen wirksam ist. Das ist in Analogie zu §§ 123, 161 II HGB der Fall, wenn entweder der Neueintritt in das Handelsregister eingetragen wird oder die Geschäfte der OHG oder KG nach dem Eintritt mit Zustimmung des neuen Gesellschafters fortgeführt werden⁴. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß den Arbeitnehmern der Eintritt des neuen Gesellschafters bekannt geworden ist.

1) Vgl. Hueck, OHG S. 330 Anm. 44.

2) Vgl. § 121 BGB.

3) Zur Haftung der Gesellschaft für die Lohnschulden eines Einzelunternehmers, der sein Geschäft in die Gesellschaft einbringt, vgl. S. 123.

4) Vgl. Hueck, OHG S. 287; Schlegelberger-Geßler § 130 Anm. 20. Weipert in RGRK z. HGB § 130 Anm. 8; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 130 Anm. 9; Staub § 130 Anm. 4.

(B) DIE ARBEITSRECHTLICHEN FOLGEN DER
UMWANDLUNG DER GESELLSCHAFT

I. Die formwechselnde Umwandlung

Bei der sogenannten formwechselnden Umwandlung können die OHG oder die KG sowohl Ausgangspunkt als auch Ergebnis der Umwandlung sein. So gehören hierher die Umwandlung einer OHG oder KG in eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft durch Aufgabe des Handelsgewerbes und umgekehrt die Umwandlung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine OHG oder KG durch Vergrößerung des bisherigen Kleingewerbes in ein vollkaufmännisches Gewerbe. Ferner ist hierher zu rechnen die Umwandlung einer OHG in eine KG und umgekehrt durch Beschränkung oder Erweiterung der Haftung der Gesellschafter. Kennzeichnend für die formwechselnde Umwandlung ist, daß lediglich die Rechtsform der Gesellschaft wechselt, während ihre Identität erhalten bleibt¹. Sie ist vor und nach der Umwandlung dieselbe Gesellschaft. Derselbe Gesellschafterverband ist Träger des Gesellschaftsvermögens.

Es tritt daher mit der Änderung der Rechtsform kein Arbeitgeberwechsel ein². Arbeitgeber ist vor wie nach der Umwandlung derselbe Gesellschafterverband.

Die Umwandlung läßt somit die Arbeitsverhältnisse wie alle mit der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt. Infolgedessen stellt sie auch für sich allein weder für den Arbeitgeber noch für den Arbeitnehmer der Gesellschaft einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung der mit der Gesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse dar.

-
- 1) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 521 Anm. 26; Nikisch I, S. 656 Anm. 3; BGH v. 13.11.1961, BB 62, 349.
2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 521 Anm. 26.

Auch die infolge der Umwandlung einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft oder einer OHG in eine KG eintretende Beschränkung der Haftung einzelner Gesellschafter für die Lohnschulden bildet nicht ohne weiteres einen Kündigungsgrund. Erst wenn mit der Haftungsbeschränkung eine objektive Gefährdung der Lohnansprüche der Arbeitnehmer eintritt, so daß ihnen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Gesellschaft bis zum Ende der vereinbarten Vertragszeit oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann¹, wird man sie als wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung durch die Arbeitnehmer ansehen dürfen. Ähnlich wird man zu beurteilen haben, wenn Arbeitnehmer infolge der (in der Praxis allerdings nicht häufig vorkommenden) Umwandlung einer OHG oder KG in eine BGB-Gesellschaft ihre Eigenschaft als Handlungsgehilfen verlieren. Die von einer solchen BGB-Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer sind selbst dann nicht länger Handlungsgehilfen, wenn sie weiterhin kaufmännische Dienste leisten, da unabdingbare Voraussetzung für die Eigenschaft als Handlungsgehilfe die Tätigkeit in einem Handelsgewerbe ist². Auch den so eintretenden Verlust der Handlungsgehilfeneigenschaft wird man nur dann als wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsver-

-
- 1) Dies ist überall da Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung, wo der Gesetzgeber ihre Zulässigkeit von einem wichtigen Grund abhängig macht; so ausdrücklich in § 16 I LAO, ferner in § 626 BGB; § 70 HGB; § 133 t GewO; § 25 II HandwO. Vgl. auch Hueck-Nipperdey I, S. 582; Nikisch I, S. 724; Molitor, Kündigung S. 284, Wallmeyer S. 13 ff; Schlessmann S. 202 ff u.v.a.; RAG ARS 18, 257 (259), 40, 52 (62); BAG 1, 185 (191); 1, 237; 2, 207 (212); 2, 214 (216); 3, 194 (196); 4, 232 (239); BAG, AP Nr. 42 zu § 626 BGB. Weitere Nachweise der Rechtsprechung bei Gerhard Müller, Betrieb 58, 628.
- 2) Vgl. § 59 HGB; ferner Schlegelberger-Schröder § 59 Anm. 16 ff; Baumbach-Duden § 59 Anm. 3 C; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 59 Anm. 2.

hältnisses durch die betroffenen Arbeitnehmer ansehen können, wenn mit ihm eine unzumuthbare Beeinträchtigung ihrer bisherigen Rechtsposition verbunden ist, beispielsweise dadurch, daß die Arbeitnehmer nunmehr einer für sie ungünstigeren tariflichen Regelung unterliegen. Denkbar ist auch, daß die mit der Umwandlung einer OHG oder KG in eine BGB-Gesellschaft zumeist verbundene Verkleinerung des Unternehmens Arbeitnehmer der Gesellschaft zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, etwa wenn auf Grund der Veränderung des Umfangs des Unternehmens von einem Arbeitnehmer andere als die vertraglich vereinbarten Dienste verlangt werden. Entsprechendes wird gelten, wenn infolge der Verkleinerung des Unternehmens die Lohnzahlung nicht mehr gewährleistet ist. Ob aber im Einzelfall eine außerordentliche Kündigung tatsächlich gerechtfertigt ist, muß stets die objektive Würdigung aller begleitenden Umstände ergeben.

II. Die übertragende Umwandlung

Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer bergrechtlichen Gewerkschaft in ein Einzelunternehmen, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, eine OHG oder KG sind die Fälle der sogenannten übertragenden Umwandlung. Sie sind geregelt im Umwandlungsgesetz vom 12.11.1956¹. Dieses Gesetz erleichtert die Umwandlungen der genannten Art dadurch, daß es die Übertragung der Gesellschaftsvermögen von einer auf die andere Gesellschaft ohne Abwicklung zuläßt.

Die übertragende Umwandlung ist also ein Fall der Gesamtrechtsnachfolge. Es geht auf Arbeitgeberseite das Vermögen als ganzes auf einen Einzelunternehmer oder eine Personengesamtheit über. Diese treten kraft Gesetzes in sämtliche vermögensrechtlichen Beziehungen des übertragenden Unter-

1) BGBI. I S. 844.

nehmens ein. Sie werden neuer Inhaber des Betriebes und damit auch neuer Arbeitgeber aus den mit der übertragenden Gesellschaft bereits bestehenden Arbeitsverhältnissen.

Die Zustimmung der Arbeitnehmer zu dem Wechsel ihres Arbeitgebers ist - da dieser kraft Gesetzes erfolgt - nicht erforderlich¹. Will einer von ihnen das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber nicht fortsetzen, so muß er kündigen. Es ist grundsätzlich nur die ordentliche Kündigung zulässig.

Eine außerordentliche Kündigung wird nur unter besonderen in jedem einzelnen Falle zu ermittelnden Umständen und nur dann gerechtfertigt sein, wenn diese dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Vertragszeit oder der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar machen. Im einzelnen kann hierzu auf die voranstehenden, auch hier sinngemäß zutreffenden Ausführungen zu den Kündigungsmöglichkeiten bei der "übertragenden Umwandlung" verwiesen werden.

Der neue Arbeitgeber wird die bestehenden Arbeitsverhältnisse stets nur im Wege der ordentlichen Kündigung lösen können. Dessen Kündigung unterliegt darüber hinaus den gleichen Beschränkungen, die allgemein für den Arbeitgeber gelten. Die Umwandlung als solche ist nicht "dringendes betriebliches Erfordernis" im Sinne des § 1 II KSchG, da betriebliche Veränderungen wie etwa die Stilllegung von Produktionsstätten oder sonstige Betriebseinschränkungen mit ihr nicht notwendig verbunden sind. Eine ausschließlich auf die erfolgte Umwandlung gestützte Kündigung ist deshalb - sofern der betreffende Arbeitnehmer überhaupt dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt - nicht sozial gerechtfertigt und darum unwirksam.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 520, 521; Nikisch I, S. 656; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 613 Anm. 23; Denecke in RGRK z. BGB § 613 Anm. 2.

III. Die Umwandlung der stillen Gesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft

Die Umwandlung der stillen Gesellschaft in eine OHG oder KG und umgekehrt ist weder eine formwechselnde, da nach außen noch gar keine Gesellschaft existiert, noch ist sie eine übertragende Umwandlung. Sie stellt sich rechtlich vielmehr entweder als Eintritt eines weiteren Gesellschafters in eine bestehende Personenhandelsgesellschaft oder überhaupt als Neugründung einer solchen Gesellschaft dar. Ob das eine oder andere vorliegt, hängt von der Person des Komplementärs der stillen Gesellschaft ab.

1. Ist der Komplementär der stillen Gesellschaft eine OHG oder KG, so vollzieht sich die Umwandlung der Stellung des Stillen von der eines Innengesellschafters in die eines Außengesellschafters durch förmlichen Eintritt in die OHG oder KG. Sie ist rechtlich nicht anders zu beurteilen als die Aufnahme einer jeden anderen Person in die Gesellschaft. Es kann daher für die Frage der Auswirkungen dieses Ereignisses auf die mit der Gesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse auf die Ausführungen verwiesen werden, die oben zum Gesellschafterwechsel gemacht wurden¹.

2. Ist der Komplementär der stillen Gesellschaft hingegen ein Einzelunternehmer, und soll dem Stillen nach außen die Stellung eines Teilhabers eingeräumt werden, so bedarf es dazu der förmlichen Gründung einer OHG oder KG. Die neu errichtete Gesellschaft muß dann das Geschäft des früheren Einzelunternehmers zur Fortführung übernehmen². Mit der Geschäftsübernahme geht auch der Betrieb des Einzelunternehmers auf die Gesellschaft über. Neuer Betriebsinhaber ist also die aus den Gesellschaftern der früheren stillen Gesellschaft gebildete Gesamthandsgemeinschaft. Diese tritt

1) Vgl. S. 118 ff.

2) Vgl. RGRK z. HGB § 28 Anm. 3 u. § 339 Anm. 37; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 28 Anm. 4 und Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 339 Anm. 5; Schlegelberger-Hildebrandt § 28 Anm. 5; Baumbach-Duden § 28 Anm. A.

auch in alle Arbeitsverhältnisse ein, die mit dem Einzelunternehmer bestanden haben. Dies gilt allerdings nur mit der Einschränkung, daß die Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses zugestimmt haben. Ohne Einverständnis des einzelnen Arbeitnehmers kann das Arbeitsverhältnis als ganzes nicht übertragen werden. Denn es enthält neben dem Anspruch des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung auch Ansprüche des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber, namentlich seinen Lohnanspruch. Durch eine Übertragung des Arbeitsverhältnisses auch insoweit verliert der Arbeitnehmer seinen bisherigen Schuldner. Dazu bedarf es grundsätzlich seiner Zustimmung (§§ 414, 415 BGB)¹. Das Einverständnis kann jedoch stillschweigend erteilt werden. Es liegt namentlich darin, daß der Arbeitnehmer trotz Kenntnis des Inhaberwechsels die Tätigkeit unter dem neuen Arbeitgeber fortsetzt, ohne zum nächsten zulässigen Termin zu kündigen².

Für den bis zum Betriebsübergang bereits verdienten Lohn haftet kraft der ausdrücklichen Bestimmung des § 28 HGB die

- 1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 519; Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 613 Anm. 22, Denecke in RGRK z. BGB § 613 Anm. 2; Denecke, BB 50, 680; BAG, AP Nr. 2 zu § 419 (Funktionsnachfolge) und für leitende Angestellte BAG, AP Nr. 1 zu § 419 (Betriebsnachfolge). Abweichend Nikisch I, S. 659ff; Molitor, Arbeitnehmer und Betrieb S. 40 ff und Anm. zu AP 1951 Nr. 110, 111, 274; Dietz, BetrVG § 1 Anm. 69 und Anm. zu AP 1952 Nr. 50. Sie vertreten die Lehre vom Übergang des Arbeitsverhältnisses "kraft Gesetzes". Diese Auffassung entspricht zweifellos insoweit dem heutigen erhöhten Sozialempfinden, als sie die Übernahme der Arbeitnehmer vom Willen des Betriebsnachfolgers unabhängig macht. Andererseits schränkt sie aber ein im Gesetz verankertes Gläubigerrecht der Arbeitnehmer ein. Der Auffassung kann daher nur "de lege ferenda" zugestimmt werden.
- 2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 512, 519; Denecke in RGRK z. BGB § 613 Anm. 2; abweichend Staudinger-Nipperdey-Mohnen § 613 Anm. 22, der die Zustimmung als bei Einstellung für einen bestimmten Betrieb im voraus erteilt ansieht. (Vgl. dazu Hueck-Nipperdey I, S. 519 Anm. 22).

neu gegründete Gesellschaft.

Erhebt der Arbeitnehmer ausdrücklich Widerspruch, so geht das Arbeitsverhältnis nicht über¹. Der Arbeitnehmer behält seinen Lohnanspruch und seine sonstigen Ansprüche gegen den bisherigen Arbeitgeber.

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I. S. 519 Anm. 22.

(C) DIE ARBEITSRECHTLICHEN FOLGEN
DER BEENDIGUNG DER GESELLSCHAFT

Die Personengesellschaften sind Gemeinschaftsverhältnisse. Sie besitzen ein gesamthänderisch gebundenes Vermögen. Es bestehen besondere Gesellschaftsschulden. Daraus folgt, daß die Beendigung einer OHG oder KG in der Regel nicht wie bei sonstigen Schuldverhältnissen durch einen einfachen Akt erfolgen kann, sondern daß es einer Auseinandersetzung der Gemeinschaft bedarf. Den Beginn dieser Auseinandersetzung pflegt man als Auflösung, das Ende derselben als Vollbeendigung¹ zu bezeichnen.

I. Die Auflösung der Gesellschaft

1. Die Folgen für die Wirksamkeit der Arbeitsverhältnisse

Während das Wesen der Auflösung früher sehr umstritten war, ist heute allseits anerkannt, daß sie keine Änderung in der Rechtsnatur der Gesellschaft herbeiführt². Die Gesellschaft bleibt auch nach Auflösung als Gesamthandsgemeinschaft bestehen. Sie unterliegt im Innen- wie im Außenverhältnis denselben gesetzlichen Vorschriften wie vor der Auflösung (§§ 156, 161 II HGB). Es ändert sich lediglich der Zweck der Gesellschaft. Dieser war vor der Auflösung notwendig auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet. Nach der Auflösung besteht er darin, die bestehenden Rechtsbeziehungen zu beseitigen.

Die Rechtsstellung der Gesellschaft gegenüber Dritten bleibt von dieser Umwandlung von einer "Erwerbsgesellschaft" in eine "Abwicklungsgesellschaft" unberührt. Es ändert sich

- 1) Auch die Bezeichnungen "Erlöschen" und nur "Beendigung" sind gebräuchlich.
- 2) Vgl. Hueck, OHG S. 246; Lehmann, Gesellschaftsrecht S. 131; Schlegelberger-Geßler § 131 Anm. 1,8; Weipert in RGRK z. HGB § 131 Anm. 3; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 154 Anm. 2; Baumbach-Duden § 131 Anm. 1 a.

insbesondere nicht die Identität der Gesellschaft. Die Auflösung wirkt sich infolgedessen auch nicht auf die mit der Gesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse aus. Die Rechte und Pflichten der Gesellschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern dauern unverändert fort. Gleiches gilt für die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer gegenüber der Gesellschaft¹.

Die Auflösung der Gesellschaft zieht nur dann ausnahmsweise die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nach sich, wenn im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart ist oder sich aus den Umständen bei Vertragsschluß unzweideutig ergibt, daß die Anstellung nur für die Dauer des tatsächlichen Geschäftsbetriebes erfolgt war².

2. Die Möglichkeiten der außerordentlichen Kündigung

a) Kündigung durch den Arbeitgeber

Dem Arbeitgeber, nunmehr vertreten durch die Liquidatoren³, gibt der Eintritt in die Abwicklung grundsätzlich kein Recht zur fristlosen Kündigung der bestehenden Arbeitsverhältnisse. Die Liquidatoren der Gesellschaft haben zwar nach §§ 149, 161 II HGB die laufenden Geschäfte zu beenden. Doch bedeutet das nicht, daß sie diese zu einem vorzeitigen Abschluß bringen können. Diese sollen vielmehr so abgewickelt werden, wie es auch ohne Auflösung der Gesellschaft geschehen müßte⁴. Die Liquidatoren können daher die mit der Gesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse grundsätzlich nur im Wege der ordentlichen Kündigung been-

- 1) Vgl. Weipert in RGRK z.HGB § 131 Anm. 2, 10 u. § 149 Anm. 5; Schlegelberger-Geßler § 131 Anm. 6; Düringer-Hachenburg-Flechtheim vor § 145 Anm. 5; RGZ 5, 7; 9, 14; 24, 70.
- 2) Vgl. Weipert in RGRK z.HGB § 131 Anm. 10; Düringer-Hachenburg-Flechtheim vor § 145 Anm. 5
- 3) Vgl. §§ 149 S. 2, 161 II HGB.
- 4) Vgl. Weipert in RGRK z.HGB § 149 Anm. 5.

den. Dabei ist es ohne Belang, ob die Gründe für die Auflösung oder gar ein Verschulden bei der Gesellschaft liegen oder nicht; denn das Risiko der Fortdauer von Dauer-schuldverhältnissen wie der Arbeitsverhältnisse über den Zeitpunkt der Auflösung hinaus liegt in jedem Falle bei der Gesellschaft¹.

Es sind allerdings besonders gelagerte Fälle nicht auszuschließen, in denen die mit der Auflösung regelmäßig verbundene Einschränkung oder Stilllegung des Betriebes einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellt. Dies kann vor allem bei Arbeitsverhältnissen von längerer Dauer und solchen mit mehrmonatiger Kündigungsfrist der Fall sein². In Fällen dieser Art kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Auslauf des Arbeitsvertrages oder der Kündigungsfrist für den Arbeitgeber eine unzumutbare Härte bedeuten. Sie wird insbesondere dann vorliegen, wenn die Abwicklung der übrigen Geschäfte der Gesellschaft wesentlich früher möglich ist als die ordentliche Beendigung des betreffenden Arbeitsverhältnisses, so daß die Vollbeendigung der Gesellschaft lediglich wegen der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses unterbleibt. In derartigen Fällen wird man dem Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung ausnahmsweise gestatten können. Dabei wird jedoch zu beachten sein, ob ihm nicht wenigstens die Einhaltung einer Kündigungsfrist bis zum Ende des Geschäftsbetriebes oder die Zahlung einer angemessenen Abfindung zuzumuten ist³.

b) Kündigung durch den Arbeitnehmer

Ohne weiteres hat auch der Arbeitnehmer bei Auflösung der

- 1) Vgl. Düringer-Hachenburg § 70 Anm. 10; Würdinger in RGRK z. HGB § 70 Anm. 8.
- 2) Vgl. Weipert in RGRK z. HGB § 131 Anm. 10; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 70 Anm. 9 und Düringer-Hachenburg-Flechtheim vor § 145 Anm. 5.
- 3) Vgl. Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 70 Anm. 10.

Gesellschaft kein Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde. Die Gesellschaft hat nämlich unter Umständen ein erhebliches Interesse daran, daß das eingearbeitete Personal bei Erledigung der Abwicklungsgeschäfte behilflich ist. Dies gilt insbesondere, wenn die Auflösung durch den Tod des geschäftsführenden Gesellschafters erfolgt¹.

Auch das schutzwürdige Interesse der Arbeitnehmer an einem neuen, langfristigen Arbeitsplatz, den die in Auflösung begriffene Gesellschaft nicht mehr bietet, rechtfertigt eine sofortige Lösung der Arbeitsverhältnisse grundsätzlich nicht. Denn regelmäßig wird es den betroffenen Arbeitnehmern möglich und zumutbar sein, den Beginn eines neuen Arbeitsverhältnisses so zu vereinbaren, daß das mit der aufgelösten Gesellschaft noch bestehende Arbeitsverhältnis zuvor durch ordentliche Kündigung beendet werden kann. Ist dies nicht der Fall - weil etwa der neue Arbeitgeber die Einstellung vom sofortigen Dienstantritt abhängig macht - kann allerdings bei Abwägung der beiderseitigen Interessen ein Festhalten an die ordentlichen Kündigungsfristen für die Arbeitnehmer unzumutbar, eine außerordentliche Kündigung deshalb zulässig sein.

Hat die Auflösung der Gesellschaft und die damit verbundene Aufgabe des Erwerbszweckes eine Veränderung des Inhalts der Arbeitsleistung zur Folge, so wird man dem betreffenden Arbeitnehmer das Recht zum sofortigen Austritt ebenfalls nicht versagen können². Das gilt insbesondere für den zu persönlichen Dienstleistungen für einen Geschäftspartner verpflichteten Arbeitnehmer, dessen Tätigkeitsbereich wegfällt, sobald die Gesellschaft aufgelöst und der Geschäftspartner nicht zum Liquidator berufen wird. Es gilt ferner für am Gewinn beteiligte oder gegen Provision tätige Arbeitnehmer, deren Einkünfte nach Auflösung der

1) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim vor § 145 Anm. 5.

2) Vgl. Weipert in RGRK z.HGB § 131 Anm. 10.

Gesellschaft ganz oder teilweise wegfallen, weshalb ihnen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der Regel nicht zugemutet werden kann¹.

II. Die Vollbeendigung der Gesellschaft

Die Vollbeendigung der Gesellschaft tritt ein, wenn alle laufenden Geschäfte beendet, die Forderungen eingezogen, die Gläubiger befriedigt sind (§§ 149, 161 II HGB) und das verbleibende Gesellschaftsvermögen unter die Gesellschafter verteilt ist (§ 155 HGB). Die Vollbeendigung setzt also auch die Beendigung aller Arbeitsverhältnisse und den Wegfall der daraus folgenden Ansprüche und Verbindlichkeiten voraus. Nicht hingegen bestimmt die Vollbeendigung der Gesellschaft das Ende der mit ihr bestehenden Arbeitsverhältnisse.

1) Vgl. S. 129 Anm. 1.

Siebtes Kapitel

ZUR TÄTIGKEIT VON GESELLSCHAFTERN
IM DIENSTE IHRER GESELLSCHAFT

Vorbemerkung

Die Tätigkeit einzelner Gesellschafter für ihre Gesellschaft kann nach Art, Umfang, Dauer und rechtlicher Gestaltung sehr verschieden sein. Von arbeitsrechtlicher und daher hier von Bedeutung sind die Fälle einer dauernden, wenigstens langfristigen, unmittelbaren Mitarbeit im Unternehmen der Gesellschaft. Häufigste Rechtsgrundlagen hierfür bilden Gesellschaftsvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag.

Das Nebeneinander dieser Rechtsgrundlagen wirft verschiedene Probleme auf, die einer näheren Untersuchung bedürfen.

So gilt es festzustellen, ob die Begründung eines Dienstverhältnisses, vor allem eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern rechtlich überhaupt zulässig ist.

Ist dies der Fall, so kann die Unterscheidung, um welche Art der Tätigkeit es sich im einzelnen Falle handelt, auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Namentlich die Abgrenzung der Tätigkeit aufgrund Gesellschaftsvertrages zu der im Rahmen eines freien Dienstvertrages oder Arbeitsvertrages gestaltet sich nicht einfach. Sie ist jedoch dringend erforderlich, da allein an Hand der maßgebenden Rechtsgrundlage die im Zusammenhang mit der Dienstleistung stehenden besonderen Rechte und Pflichten des betreffenden Gesellschafters festgestellt werden können¹.

Schließlich sollen eben diese Rechte und Pflichten festgestellt werden, wobei die Frage im Vordergrund steht, ob und gegebenenfalls inwieweit einem mitarbeitenden Gesellschafter der soziale Schutz des Arbeitsrecht zu Gute kommt.

1) Vgl. die Gegenüberstellung bei Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 262.

Bei all dem aber wird vorausgesetzt, daß der im Unternehmen der Gesellschaft Mitarbeitende auch deren Gesellschafter ist. Schon diese Frage aber, ob eine bei einer Gesellschaft tätige Person überhaupt deren Gesellschafter ist, gestaltet sich oft sehr schwierig. Sie soll daher zunächst untersucht werden.

(A) WANN IST DIE TÄTIGE PERSON GESELLSCHAFTER?

I. Abgrenzungsfälle

1. An der Gesellschafter-Eigenschaft der Mitglieder einer OHG oder KG werden sich Zweifel dann ergeben können, wenn weder das Handelsregister¹ noch ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag Aufschluß über die Rechtsbeziehungen der Beteiligten geben, was dann der Fall ist, wenn die Gründung der Gesellschaft oder der Ein- bzw. Austritt eines Gesellschafters zwar beschlossen ist, der Gesellschaftsvertrag aber noch nicht geändert und die Rechtsänderung noch nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden sind. Die dann möglicherweise entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten haben ihren Grund in der gelegentlich anzutreffenden Ähnlichkeit der gesellschaftsrechtlichen Mitarbeit mit der Mitarbeit im Gesellschaftsunternehmen aufgrund sonstiger Verpflichtungen. Als solche kommen hier vor allem familiäre Verpflichtungen und Arbeitsverhältnisse in Betracht.

Ein Beispiel bildet die Mithilfe eines Ehegatten in dem Geschäftsbetrieb des anderen Ehegatten. Diese kann auf der familienrechtlichen Verpflichtung gemäß § 1356 II BGB beruhen. Arbeitet der Ehegatte über den Rahmen des § 1356 II BGB hinaus mit, ist die Regelung der sich daraus ergebenden Rechtsbeziehungen ihrer freien - ausdrücklichen oder stillschweigenden - Vereinbarung überlassen. In der Mitarbeit des Ehegatten kann dann sowohl der stillschweigende Abschluß eines Gesellschaftsvertrages² als auch die stillschweigende Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses liegen. Im übrigen entstehen Zweifel daran, ob jemand seine Tätigkeit für die Gesellschaft in der Eigenschaft als

1) Vgl. § 106 II 1 HGB.

2) Vgl. BGHZ RdA 53, 352.

Gesellschafter oder als Arbeitnehmer ausübt, vor allem auch bei Personen in leitenden Positionen, die nicht nur eine feste, etwa monatlich gezahlte Vergütung beziehen, sondern darüber hinaus an dem von dem Unternehmen erzielten Gewinn teilnehmen. Die Gewinnbeteiligung ist für den Gesellschafter typisch. Sie kann aber auch einem Arbeitnehmer als eine besondere Form der Entlohnung gewährt werden¹.

2. So sehr sich aber auch in derartigen Grenzfällen die Stellungen von Gesellschafter und Arbeitnehmer in mancher Hinsicht annähern mögen, das Arbeitsverhältnis wird dadurch nicht zur Gesellschaft und die gesellschaftliche Beteiligung nicht zum Arbeitsverhältnis. Auch ist das Rechtsverhältnis nicht gleichzeitig Arbeitsverhältnis und Gesellschaft²; denn ein und dasselbe Rechtsverhältnis kann nicht zu gleicher Zeit die für das Arbeitsverhältnis typische persönliche Unterordnung und die für die Gesellschaft charakteristische Gleichordnung aufweisen, selbst dann nicht, wenn die gesellschaftliche Leistung in Arbeit besteht oder das Entgelt beim Arbeitsverhältnis nach dem Gewinn berechnet wird. Es gilt darum stets zu entscheiden, ob ein Arbeitsverhältnis oder das Gesellschaftsverhältnis die Grundlage für die Mitarbeit im Unternehmen bildet, was für die weiter unten³ zu erörternde Frage, ob auf den Mitarbeiter grundsätzlich die arbeitsrechtlichen Vorschriften oder die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts Anwendung finden, von entscheidender Bedeutung ist⁴.

- 1) Zur Gewinnbeteiligung als besondere Lohnform vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 302 ff mit weiteren Literaturhinweisen.
- 2) Dies ist heute allgemein anerkannt. Vgl. statt vieler Hueck-Nipperdey I, S. 46 und Nikisch I, S. 120 sowie neuerdings BAG v. 13.3.1964, NJW 64, 1435.
- 3) Vgl. S. 151 ff.
- 4) Zur Abgrenzung des Arbeitsvertrages mit Gesellschaftsvertrag vgl. neben den erwähnten Entscheidungen AP 50 Nr. 108 und RAG 37, 44 (53, 54).

II. Kriterien für die Gesellschaftszugehörigkeit

1. Die Frage, ob jemand überhaupt Gesellschafter ist oder nicht, wird sich nach den vorangegangenen Betrachtungen zwar zumeist in der Alternative Gesellschafter o d e r Arbeitnehmer stellen. Das bedeutet jedoch nicht, daß nur derjenige Gesellschafter sein kann, der nicht Arbeitnehmer ist. Denn wie sich unten¹ zeigen wird, ist die Kombination Arbeitnehmer und Gesellschafter in einer Person - wenn auch aufgrund getrennter Rechtsverhältnisse - rechtlich durchaus möglich. Die Entscheidung über die Gesellschaftszugehörigkeit hängt darum nicht davon ab, ob der Betreffende die Wesensmerkmale eines Arbeitnehmers aufweist oder nicht. Dies ist umso weniger entscheidend als auch das freie Dienstverhältnis als Rechtsgrundlage für die Mitarbeit im Unternehmen der Gesellschaft in Frage kommt. Sie ist vielmehr allein nach gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu treffen.

2. Ob jemand an einer Gesellschaft als deren Mitglied teilnimmt, beurteilt sich - wie stets bei vertraglichen Zusammenschlüssen - in erster Linie nach dem Willen der Beteiligten. Es gilt darum in jedem einzelnen Falle zu erforschen, ob die Vertragsparteien ein Gesellschaftsverhältnis oder ein anderes Rechtsverhältnis, insbesondere ein Arbeitsverhältnis oder freies Dienstverhältnis begründen wollten. Hierbei ist allerdings zu beachten, daß dem Parteiwillen nicht schlechthin entscheidende Bedeutung zukommt. Er findet insoweit keine Berücksichtigung als die tatsächliche von der gewollten Gestaltung des Rechtsverhältnisses abweicht². Es kommt also darauf an, ob nach dem Parteiwillen

1) Vgl. S. 139 ff.

2) Vgl. S. 14; ferner Goetz Hueck, Betrieb 55, 387.

- so wie er rechtliche Gestalt gewonnen hat - die betreffende Person Gesellschafter sein sollte oder nicht.

Die Gesellschaftereigenschaft ist notwendig gekennzeichnet durch die sich aus dem Streben nach dem gemeinsamen Zweck ergebende Gleichordnung der Gesellschafter¹. Die Gleichordnung findet in der Regel ihren Ausdruck in einer grundsätzlich gleichen Berechtigung aller Mitglieder an der Geschäftsführung und dem erzielten Gewinn. Da aber - wie sich gezeigt hat - die Gesellschaft auch verschiedenen berechtigt und Arbeitnehmer wie Gesellschafter am Gewinn teilhaben können, ist die Gleichberechtigung in Grenzfällen kein hinreichender Anhaltspunkt dafür, daß ein bestimmtes Rechtsverhältnis seiner Natur nach eine gesellschaftliche Beteiligung ist.

Man wird darum ähnlich wie bei der Unterscheidung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen auf die Teilnahme am Risiko des Unternehmens abstellen müssen². Wer den Verlust wie ein Unternehmer mittragen soll, der soll im Zweifel auch Gesellschafter sein. Dabei darf allerdings unter Verlust nicht nur die Verringerung der Gewinnanteile durch Anrechnung des Verlustes verstanden werden. Dieser muß vielmehr zur Einbuße der Einlage, zu Deckungsnachschüssen oder zu einer Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger des Unternehmens in das Privatvermögen des Betroffenen führen können³.

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611 Anm. 17; Molitor, *studi in memoria di Lorenzo Mossa* S. 57.

2) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, *Festschrift für Hueck* S. 262; Kaskel-Dersch S. 27; Dersch-Volkmar § 5 Anm. 27; Dersch, RdA 51, 214; Schulte-Holthausen § 633 Anm. 2; ferner RAG ARS 37, 44 (53, 54) und BGHZ RdA 53, 352.

3) Vgl. Schnorr von Carolsfeld aaO.

(B) DIE ZULÄSSIGKEIT VON ARBEITSVERHÄLTNISSEN ZWISCHEN
GESELLSCHAFTERN UND IHRER GESELLSCHAFT

I. Zulässigkeit von freien Dienstverhältnissen

Es ist heute allgemein anerkannt, daß durch freien Dienstvertrag ein Dienstverhältnis zwischen einzelnen Gesellschaftern und der Gesellschaft, der sie angehören, vereinbart werden kann. Zwar sind die OHG und die KG nicht juristische Personen, sondern Gesamthandsgemeinschaften¹. Aber diese sind in solchem Maße verselbständigt, daß auch jenseits der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen und unabhängig davon Rechtsverhältnisse aller Art zwischen ihnen und einzelnen ihrer Gesellschafter bestehen können.

Gegenstand der außergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen können nicht nur Sachleistungen, sondern gerade auch Dienstleistungen im weitesten Sinne sein. Der Gesellschafter kann gleichermaßen einen Kauf- oder Mietvertrag wie auch einen Dienst- oder Werkvertrag oder einen anderen der zahlreichen auf Dienstleistungen gerichteten Verträge des bürgerlichen oder Handelsrechts abschließen. Man denke beispielsweise an die Tätigkeit des Gesellschafters für die Gesellschaft im Rahmen eines außerhalb der Gesellschaft liegenden Berufes, etwa als Rechtsanwalt, Steuerberater oder Architekt².

1) Vgl. S. 22 Anm. 2.

2) Vgl. Hueck, OHG S. 187; Baumbach-Duden § 124 Anm. 6B; Goetz Hueck, Betrieb 62, 1363/1364.

II. Zulässigkeit von Arbeitsverhältnissen

1. Wenn - wie sich gezeigt hat - die weitgehende Verselbständigung von OHG und KG auch außergesellschaftliche Rechtsbeziehungen zu ihren Gesellschaftern gestattet und diese sogar Dienstleistungen zum Gegenstand haben können, so lassen sich Zweifel an der Zulässigkeit von Arbeitsverhältnissen nur mehr aus den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses herleiten. Für dieses ist kennzeichnend, daß eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung im Dienst eines anderen besteht und die Arbeit in überwiegend persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber geleistet wird¹. Der entscheidende Unterschied zwischen dem freien Dienstverhältnis, dessen Zulässigkeit zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern außer Frage steht, und dem Arbeitsverhältnis besteht also in dem Merkmal der persönlichen Abhängigkeit. Allenfalls damit, daß zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern die für das Arbeitsverhältnis wesentliche persönliche Abhängigkeit nicht bestehen kann, läßt sich die Unzulässigkeit von echten Arbeitsverhältnissen begründen². Es gilt also vor allem zu untersuchen, ob sich ein Gesellschafter in die für den Arbeitnehmerbegriff charakteristische persönliche Abhängigkeit zur Gesellschaft begeben kann.

Es wurde bereits hervorgehoben, daß bei der Tätigkeit aufgrund des Gesellschaftsvertrages ein Gesellschafter verpflichtet sein kann, den Anordnungen eines anderen Gesellschafters in gewissem Umfang Folge zu leisten³. Ein solches Unterordnungsverhältnis kann ohne weiteres auch zwi-

1) Vgl. die Ausführungen zu den Begriffen Arbeitgeber und Arbeitnehmer S. 13 ff.

2) Vgl. Goetz Hueck, Betrieb 62, 1362.

3) Vgl. S. 134 ff.

schen einem Gesellschafter und seiner Gesellschaft und auch dann begründet werden, wenn der Gesellschafter nicht aufgrund gesellschaftsrechtlicher Verpflichtung, sondern aufgrund eines außergesellschaftlichen Arbeitsvertrages Arbeit für die Gesellschaft leistet. Wie bereits oben festgestellt wurde, ist Arbeitgeber der von einer OHG oder KG beschäftigten Arbeitnehmer der Gesellschaftsverband, der das ihm zustehende Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern durch die kraft Gesetzes oder aufgrund des Gesellschaftsvertrages dazu berufenen Gesellschafter wahrnimmt¹. Es ist kein Grund ersichtlich, warum sich ein Gesellschafter nicht außerhalb seiner Gesellschaftsstellung bei der Leistung von Arbeit für die Gesellschaft unter die von den organschaftlichen Vertretern ausgeübte Weisungsbefugnis der Gesellschaft sollte begeben können². Man wird diese Möglichkeit lediglich dann verneinen müssen, wenn und soweit der im Dienst der Gesellschaft stehende Gesellschafter selbst das Weisungsrecht der Gesellschaft wahrzunehmen hat; denn insoweit kann er nicht gleichzeitig den Weisungen der Gesellschaft unterworfen sein³. Es scheiden also alle kraft Gesetzes oder aufgrund des Gesellschaftsvertrages zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafter als mögliche Arbeitnehmer ihrer eigenen Gesellschaft aus. Aber auch Gesellschafter, welche keine organschaftliche Vertretungsmacht besitzen, denen aber aufgrund des Gesellschaftsvertrages oder kraft Gesetzes die Führung der Geschäfte der Gesellschaft obliegt, können nicht zugleich deren Arbeitnehmer sein, wenn und soweit sie im Rahmen ihrer Geschäftsführung auch zu Weisungen gegenüber den

1) Vgl. S. 28 ff, 39.

2) So Goetz Hueck Betrieb 62, 1365 für Kommanditisten.

3) Vgl. Goetz Hueck Betrieb 62, 1365; Dersch. RdA 51, 213 (2b) nennt dies den "funktionellen Gegensatz" zwischen Organmitgliedschaft und Arbeitnehmerstellung.

Arbeitnehmern der Gesellschaft befugt sind¹. Im übrigen können Gesellschafter jedoch in einem echten Arbeitsverhältnis zu ihrer Gesellschaft stehen.

2. Dem Einwand, der Arbeitnehmereigenschaft von Gesellschaftern stehe entgegen, daß sie als Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft gewissermaßen Mitinhaber des Gesellschaftsunternehmens sind, kommt keine entscheidende Bedeutung zu. Einmal sprechen gute Gründe dafür, die Gesamthandsgemeinschaft wegen der rechtlichen Bindung des Gesellschaftsvermögens als einen von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenen Eigentümer anzusehen². Vor allem aber kann es - wenn man das personenrechtliche Merkmal der persönlichen Abhängigkeit als für die Arbeitnehmereigenschaft charakteristisch anerkennt - auf die vermögensrechtliche Lage gar nicht ankommen³.

3. Dies ist auch dem in erster Linie gegen die Zulässigkeit von Arbeitsverhältnissen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern ins Feld geführten Argument entgegenzuhalten, daß die Gesellschafter wegen ihrer aus der persönlichen Haftung folgenden unmittelbaren Teilnahme am Unternehmensrisiko die Stellung von Mitunternehmern haben und darum nicht gleichzeitig Arbeitnehmer der Gesellschaft sein können⁴.

1) Vgl. S. 40ff; Baumbach-Duden § 124 Anm. 6B halten es zwar für möglich, daß auch Geschäftsführer Arbeitnehmer der Gesellschaft sind. Aber auch sie erkennen an, daß dies nur hinsichtlich anderer als der Geschäftsführertätigkeit in Frage kommt.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 46 Anm. 27.

3) Anders die Vertreter der sog. "Eingliederungstheorie", namentlich Nikisch I, S. 120, die daraus den Schluß ziehen, daß Gesellschafter stets im eigenen Betrieb tätig, also nicht - wie es für die Arbeitnehmereigenschaft unerläßlich sei - in einen fremden Betrieb eingeordnet sind. Vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen bei Hueck-Nipperdey I, S. 46 Anm. 27; ferner hier S. 17.

4) Vgl. Dersch, RdA 51, 214; Dersch-Volkmar § 5 Anm. 102; Benner, BB 59, 999; -grundsätzlich auch RVA Nr. 5320 (AN 1939 S. 430) und Nr. 5382 (AN 1940 S. 255).

Diese Auffassung beruht weitgehend darauf, daß nicht hinreichend unterschieden wird zwischen der Frage, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis seiner Natur nach Gesellschaft oder Arbeitsverhältnis ist und der davon verschiedenen Frage, ob neben dem Gesellschaftsverhältnis die Begründung eines Arbeitsverhältnisses möglich und erfolgt ist¹. Bei der ersten Frage geht es - ausgehend davon, daß ein und dasselbe Rechtsverhältnis nicht gleichzeitig Gesellschaft und Arbeitsverhältnis sein kann - in erster Linie um die Feststellung der Gesellschaftereigenschaft. Hier kommt darum der Teilnahme des Beschäftigten am Risiko des Unternehmens mit Recht entscheidende Bedeutung zu². Die zweite, hier inmitten stehende Frage setzt indessen die Gesellschaftszugehörigkeit des Beschäftigten und damit auch seine grundsätzliche Teilnahme am Unternehmensrisiko voraus. Die Risikobeteiligung kann darum nicht zugleich das entscheidende Kriterium für die Beantwortung der Frage sein.

Maßgebend bleibt vielmehr, ob sich jemand neben und ungeachtet seiner Gesellschaftszugehörigkeit in persönliche Abhängigkeit zu seiner Gesellschaft begeben kann. Diese Möglichkeit ist auch im Hinblick auf die Teilnahme am Unternehmensrisiko zu bejahen. Mit der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber ist die personenrechtliche Beziehung zwischen beiden gekennzeichnet, während die Frage der Teilnahme am Unternehmensrisiko den Gesellschafter in seiner vermögensrechtlichen Stellung betrifft. Eine unmittelbare Beziehung zwischen beiden Merkmalen besteht also nicht, so daß ihre Vereinigung in einer Person ohne weiteres möglich ist.

1) So vor allem Dersch, RdA 51, 214 (1)

2) Vgl. S. 137.

4. Die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern steht schließlich auch im Einklang mit der Einordnung der handelsrechtlichen Personengesellschaften unter den Arbeitgeberbegriff. Arbeitgeber der im Betrieb der OHG und der KG beschäftigten Arbeitnehmer ist die jeweilige Gemeinschaft ihrer Mitglieder¹. Diese ist infolge ihrer gesamthänderischen Verbundenheit und der Fähigkeit, unter dem gemeinsamen Firmennamen Träger von Rechten und Pflichten zu sein, dem einzelnen Gesellschafter gegenüber weitgehend verselbständigt. Die Feststellung, daß die Gesamthand Arbeitgeber ist, bedeutet darum nicht auch, daß jedem einzelnen Gesellschafter Arbeitgebereigenschaft zukommt. Ein Gesellschafter, der in einem abhängigen Arbeitsverhältnis zu einer Gesellschaft steht, ist deshalb nicht Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einer Person².

III. Ergebnis

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß die Gesellschafterstellung der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Gesellschaft grundsätzlich nicht entgegen steht³. Nicht nur Kommanditisten, die mit der Geschäfts-

1) Vgl. S. 28 ff.

2) Goetz Hueck Betrieb 62, 1366 kommt zu demselben Ergebnis auf einem anderen - bei seinem Ausgangspunkt ebenfalls richtigen - Weg: Er geht bei der Prüfung, ob der Kommanditist Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einer Person ist, davon aus, daß bei der KG Arbeitgeber im Sinne des weisungsbefugten, "konkreten" Vorgesetzten grundsätzlich die Komplementäre sind und nicht die KG als Gesamthand. Unter dieser Voraussetzung hat der Kommanditist normalerweise an dem Teil der Arbeitgeberfunktionen, der seine Arbeitnehmerstellung in Frage stellen könnte, nämlich am Weisungsrecht, keinen Anteil. Vgl. auch S. 28 Anm. 3.

3) So die allgemein herrschende Ansicht. Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 46 Anm. 27; Hueck, OHG S. 82; Nikisch I, S. 120 Anm. 104; Molitor, Betrieb 57, 164 und studi in memoria di Lorenzo Mossa S. 59 ff; Schnorr von Carolsfeld Arbeitsrecht S. 4 und Festschrift für Hueck S. 263; Stau-

führung im gesetzlichen Regelfalle nichts (§ 164 HGB) und mit der organschaftlichen Vertretung nie etwas (§ 170 HGB) zu tun haben, auch persönlich haftende Gesellschafter einer KG und Gesellschafter einer OHG können Arbeitnehmer ihrer Gesellschaft sein. Bei diesen ist allerdings vorauszusetzen, daß sie von der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen und auch nicht im Rahmen der ihnen etwa obliegenden Geschäftsführung zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber ihren Arbeitnehmern befugt sind. Allerdings werden sich Gesellschafter, welche keinen Einfluß auf die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft nehmen wollen, in der Regel gleich die Stellung eines Kommanditisten oder stillen Gesellschafters einräumen lassen, so daß die Kombination persönlich haftender Gesellschafter - Arbeitnehmer selten anzutreffen sein wird¹. Hingegen ist das Zusammentreffen der Stellung als Kommanditist oder stiller Gesellschafter mit der eines Arbeitnehmers in einer Person eine in der Praxis durchaus geläufige und gar nicht seltene Erscheinung.

dingen-Nipperdey-Neumann § 611 Anm. 17; Weipert in RGRK z.HGB § 164 Anm.14; Dahns RdA 51, 368 ff; Goetz Hueck, Betrieb 62, 1364 ff; Benner, BB 59, 999; Possiwan, AngVers 57,67; Kurzbericht in RAW 58, 562; -RVA Nr. 4968 (AN 1936 S. 130), Nr. 5382 (AN 1940 S. 255); LAG Baden-Württ.v. 21.4.1960, BB 60, 939; BAG AP Nr. 1 zu § 74 HGB; ferner BAG AP Nr. 1 und 14 zu § 5 ArbGG. - a.A. namentlich Dersch, RdA 51, 212 ff.

- 1) Aber auch das RVA - vgl. Anm.1 - hat bereits anerkannt, daß in besonders gelagerten Fällen auch die Gesellschafter einer OHG in einem abhängigen Arbeitsverhältnis zu ihrer Gesellschaft stehen können.

(C) ABGRENZUNG ZWISCHEN DER TÄTIGKEIT AUFGRUND GESELLSCHAFTSVERTRAG, FREIEM DIENSTVERTRAG UND ARBEITSVERTRAG

I. Freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag

Mit der Anerkennung der Möglichkeit von abhängigen Arbeitsverhältnissen zwischen der Gesellschaft und einzelnen ihrer Mitglieder ergibt sich die Notwendigkeit einer Abgrenzung zwischen den drei vornehmlich in Frage kommenden Rechtsgrundlagen für eine Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft, nämlich Gesellschaftsvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag.

Dazu kann vorweg gesagt werden, daß die Abgrenzung zwischen dem freien Dienstverhältnis und dem Arbeitsverhältnis stets nach den oben¹ zum Arbeitnehmerbegriff aufgestellten Grundsätzen zu erfolgen hat, ein Arbeitsverhältnis also dann vorliegt, wenn der Gesellschafter in persönlicher Unterordnung unter die Weisungen der Vertretungsorgane seine Arbeit leistet.

Hier gilt es in erster Linie, zwischen der Mitarbeit auf Grund des Gesellschaftsvertrages einerseits und der auf Grund außergesellschaftlichen Anstellungsvertrages andererseits zu unterscheiden, sei dies nun ein freier Dienstvertrag oder ein Arbeitsvertrag. So stellt sich das Problem in aller Regel auch in der Praxis.

II. Gesellschaftsvertrag und außergesellschaftlicher Anstellungsvertrag

Maßgebend dafür, welche dieser beiden Rechtsgrundlagen im Einzelfalle gegeben ist, ist auch hier der Wille der vertragschließenden Parteien, wobei nicht die Bezeichnung, sondern die tatsächliche Gestaltung der Rechtsstellung ent-

1) Vgl. S. 13 ff (17).

scheidend ist¹. Angesichts der sich aus der Vertragsfreiheit ergebenden vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten gibt es kein alle denkbaren Fälle treffendes Unterscheidungsmerkmal; an Hand dessen sich der Wille der Beteiligten feststellen ließe. Darum muß die Entscheidung für jeden Fall gesondert und stets auf Grund des Gesamtbildes erfolgen, das sich bei Berücksichtigung der verschiedensten Einzelheiten und Begleitumstände ergibt². Auf einige wichtige Gesichtspunkte für die Erforschung des Parteiwillens sei hier hingewiesen:

1. Möglichkeit der Trennung von der Gesellschafterposition

Für ein außergesellschaftliches Anstellungsverhältnis ist es notwendig, daß - besonders was dessen Inhalt anbelangt - eine grundsätzliche Lösung von der Position als Gesellschafter gewonnen werden kann³.

a) Wesentliches Merkmal der Selbständigkeit beider Verhältnisse ist der Umstand, daß das Anstellungsverhältnis unabhängig von dem Gesellschaftsverhältnis gelöst werden kann⁴. Auch die Möglichkeit, das Mitgliedschaftsverhältnis unabhängig von dem Anstellungsverhältnis zu lösen, ist ein sicheres Zeichen für die Selbständigkeit beider Rechtsverhältnisse⁵.

b) Hingegen darf nicht umgekehrt aus der Tatsache, daß die Auflösung beider Rechtsverhältnisse voneinander abhängig gemacht ist, auf das Fehlen eines außergesellschaftlichen Anstellungsverhältnisses geschlossen werden. So wird bei-

- 1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 46 Anm. 27; Hueck, OHG S.187 Anm. 6; Goetz Hueck, Betrieb 62,1366; ferner hier S.14,136.
- 2) Vgl. Goetz Hueck aaO; ferner BAG AP Nr. 1 zu § 74 HGB.
- 3) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.263.
- 4) Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG.
- 5) Vgl. Molitor, Betrieb 57, 165.

spielsweise nicht selten die Unkündbarkeit des Beschäftigungsverhältnisses für die Dauer der Gesellschaftszugehörigkeit oder dessen automatisches Erlöschen beim Verlust der Mitgliedschaft vorgesehen. Durch eine derartige Gestaltung wird die Selbständigkeit des einen oder anderen Rechtsverhältnisses ebensowenig berührt wie durch die Vereinbarung anderer aufschiebender oder auflösender Bedingungen¹.

c) Wechselwirkungen zwischen beiden Rechtsverhältnissen sind darüber hinaus in vielfacher Weise möglich. So sieht der Gesellschaftsvertrag häufig Besonderheiten für die gesellschaftsrechtliche Stellung des Gesellschafters im Falle seiner Mitarbeit auf Grund eines außergesellschaftlichen Beschäftigungsverhältnisses vor oder er regelt sogar Einzelheiten für die inhaltliche Gestaltung des letzteren. Auch kann dem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ein Anspruch auf Abschluß eines Anstellungsvertrages oder ein Recht auf eine bestimmte gehobene Tätigkeit im Falle seiner Anstellung eingeräumt werden. Ein solches Übergreifen des Gesellschaftsvertrages auf das daneben bestehende Beschäftigungsverhältnis steht der Annahme eines selbständigen Arbeits- oder freien Dienstvertrages nicht entgegen².

2. Regelung im Gesellschaftsvertrag

Der Regelung der Mitarbeit im Gesellschaftsvertrag kommt als positives Merkmal für die rechtliche Qualifikation der Gesellschaftermitarbeit nur geringe Bedeutung zu.

Einmal kann wegen der genannten möglichen Wechselbeziehungen zwischen Gesellschafts- und Anstellungsvertrag aus dem Vorhandensein von Regeln für die Mitarbeit des Gesellschaf-

1) Vgl. Molitor aaO.

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 47, Anm. 27; Goetz Hueck, Betrieb 62, 1367.

ters im Gesellschaftsvertrag nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß dieser die alleinige Grundlage des Beschäftigungsverhältnisses ist.

Zum anderen würde es aber ebenso fehlgehen, bei Nichtvorhandensein einer solchen Regelung stets ein außermitgliedschaftliches Beschäftigungsverhältnis anzunehmen. Lediglich bei der Beurteilung der Mitarbeit von Kommanditisten kann die Tatsache, daß eine Regelung im Gesellschaftsvertrag fehlt, Bedeutung erlangen. Die aktive Mitarbeit dieser Gesellschafter ist - gemessen an der gesetzlichen Regelung - nur eine Ausnahme. Sie wird darum, wenn sie auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen soll, auch im Gesellschaftsvertrag eine angemessene nähere Regelung gefunden haben müssen. Das Fehlen einer solchen Regelung spricht deshalb - wenn auch nicht zwingend - so doch stark für das Vorliegen eines außermitgliedschaftlichen Anstellungsverhältnisses¹.

3. Regelung der Vergütung

Wichtig für die rechtliche Qualifikation der Mitarbeit eines Gesellschafters im Unternehmen der Gesellschaft ist indessen die Regelung der Vergütung.

a) So spricht das Fehlen jeder über den Gewinnanteil hinausgehenden Vergütung nahezu eindeutig für eine Mitarbeit auf gesellschaftsvertraglicher Basis.

b) Andererseits kann aber aus der Tatsache allein, daß dem Gesellschafter eine von seinem eigentlichen Gewinnanteil getrennte Vergütung gezahlt wird, nicht auf das Vorliegen eines außergesellschaftlichen Verpflichtungsgrundes geschlossen werden; denn auch für die auf dem Gesellschafts-

1) Vgl. Goetz-Hueck, Betrieb 62, 1367.

vertrag beruhende Geschäftsführertätigkeit kann eine Vergütung vorgesehen werden, was nicht selten auch geschieht¹.

c) Doch lassen sich aus der Art der Vergütungsregelung u.U. Rückschlüsse auf die Rechtsgrundlage für die Mitarbeit des Gesellschafters ziehen. So liegt der Gesellschaftsvertrag als Rechtsgrund nahe, wenn die Vergütung ausschließlich nach dem Gewinn berechnet wird. In solchen Fällen entfielen die Vergütung in Verlustjahren, was für ein Arbeits- oder sonstiges Dienstverhältnis ungewöhnlich wäre. Auch die Gewährung einer Vergütung nur einmal im Geschäftsjahr deutet auf eine gesellschaftsrechtliche Regelung hin. Die Bezahlung der Vergütung nach Zeitabschnitten führt hingegen für sich allein zu keiner Klärung der Rechtslage².

4. Steuern und Sozialversicherung

In den meisten der hier in Frage stehenden Fällen kommt der Handhabung der Steuern und der Sozialbeiträge keine wesentliche Bedeutung zu.

Nach § 15 Ziff. 2 EStG wird auch die Vergütung im Dienste der Gesellschaft als Einnahme aus Gewerbebetrieb erfaßt, wobei man im allgemeinen nicht zwischen Vergütungen für gesellschaftsrechtlich begründete und außermitgliedschaftliche Tätigkeit unterscheidet³. Dementsprechend werden in der Praxis auch Löhne und Gehälter, die Gesellschafter als Arbeitnehmer ihrer Gesellschaft beziehen, nicht zur Lohnsteuer, sondern zusammen mit dem Anteil am Gesellschafts-

1) Vgl. Hueck, OHG S.82; Goetz Hueck aaO; -a.A. Staudinger-Nipperdey-Neumann § 611 Anm. 17

2) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.263.

3) Vgl. dazu BFH Betrieb 59, 1422 und die dort angegebene weitere Rechtsprechung.

gewinn zur Einkommensteuer angemeldet.

Die Sozialversicherungspflicht wird trotz Bestehens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses sehr oft deshalb entfallen, weil die an den Gesellschafter gezahlte Tätigkeitsvergütung die Jahresarbeitsverdienstgrenzen überschreitet.

Wird jedoch Lohnsteuer einbehalten oder der betreffende Gesellschafter zur Sozialversicherung angemeldet, so sind dies allerdings beachtliche Indizien dafür, daß die Beteiligten ein außergesellschaftliches Anstellungsverhältnis begründen wollten¹.

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld aaO; Goetz Hueck, Betrieb 62, 1368.

(D) DIE ARBEITSRECHTLICHE SONDERSTELLUNG DER IM DIENSTE
IHRER GESELLSCHAFT TÄTIGEN GESELLSCHAFTER

I. Zur Arbeit aufgrund des Gesellschaftsvertrages

Die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag die Pflicht eines Gesellschafters zur Mitarbeit im Unternehmen der Gesellschaft zu begründen, folgt unmittelbar aus dem Gesetz. § 706 III BGB bestimmt ausdrücklich, daß der Beitrag¹ auch in der Leistung von Diensten bestehen kann. Als solche Dienstleistung kommt namentlich die Geschäftsführung in Betracht. Sie obliegt den Gesellschaftern der OHG und den Komplementären der KG mangels anderer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ohne weiteres². Zu ihr können sich aber ebenso Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag verpflichten³, was nicht selten auch geschieht.

Die Dienstleistung im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses wird zwar in der Regel mit der Stellung als Geschäftsführer verbunden. Es können aber durchaus auch Dienstleistungen vereinbart werden, die ohne solche Vorzugsstellung innerhalb der Gesellschaft zu verrichten sind. Namentlich die Mitarbeit von Kommanditisten wird auf einer derartigen Vereinbarung beruhen, wenn ihr nicht überhaupt ein gesonderter Arbeits- oder freier Dienstvertrag zugrunde liegt.

Gleich wie aber die Arbeitspflicht von Gesellschaftern im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen gestaltet sein mag, sie ist stets Ausfluß der Mitgliedschaft. Der Gesellschafter

1) Vgl. § 705 BGB.

2) Vgl. §§ 114 I, 161 II, 164 HGB.

3) Die Geschäftsführung betrifft das Innenverhältnis der Gesellschaft. Die gesetzlichen Vorschriften, welche Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen (§§ 164 und 335 HGB) sind darum dispositiv. Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht 93 und 102; Lehmann, Gesellschaftsrecht S. 167; BGHZ 8, 157 (160).

ter ist darum in Bezug auf diese Tätigkeit weder freier Dienstverpflichteter noch Arbeitnehmer¹.

Die unmittelbare Anwendung des Dienstvertrags- bzw. Arbeitsrechts ist infolgedessen ausgeschlossen. Die Rechtsstellung des mitarbeitenden Gesellschafters wird vielmehr grundsätzlich vom Sinn und Ziel des gesellschaftlichen Zusammenschlusses bestimmt. Es ist aber das Gesellschaftsverhältnis in erster Linie auf Beiträge der Gesellschafter in Geld oder Geldeswert abgestellt, so daß die vorliegenden Normen auf Beiträge, welche in Arbeit bestehen, kaum zu sprechen kommen. Da aber auch Gesellschafter immerhin auf Grund eines Vertrages zu Arbeitsleistungen verpflichtet sind und sie regelmäßig ihre ganze Arbeitskraft dem Unternehmen widmen, liegt es nahe, für ähnliche Lebensvorgänge bestehende arbeitsrechtliche Vorschriften wenigstens entsprechend oder sinngemäß anzuwenden.

Diese Möglichkeit soll im Folgenden für die wichtigsten Gebiete des Arbeitsrechts untersucht werden.

Dabei wird zu beachten sein, daß das Arbeitsrecht einschließlich des Rechts der Sozialversicherung ausgesprochene Schutznormen beinhaltet, die den sozialen Schutz der im abhängigen Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer und der ihnen vom Gesetz gleichgestellten ähnlich schutzbedürftigen Personen in Bezug auf das Arbeitsverhältnis zum Ziel haben². Selbst die entsprechende oder sinngemäße Anwendung arbeitsrechtlicher Regeln auf die Arbeitsleistung im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen kann darum nur gerechtfertigt sein, wenn entweder eine besondere Bestimmung dies

1) Vgl. Weipert in RGRK z.HGB 114, 113; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor § 611 Anm.151; Palandt vor § 709 Anm.3a und § 713 Anm. 1; Pakebusch S.80,81; Baumbach-Duden § 114 Anm.3A; ders.jedoch anders zu § 110 Anm.4; ferner hier S.39.

2) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor § 611 Anm.291ff sowie Hueck-Nipperdey, I S. 3 mit weiteren Hinweisen.

selbst vorschreibt oder es nach dem allgemeinen Schutzcharakter des Arbeitsrechts und dem besonderen Sinn und Zweck der betreffenden Norm im konkreten Fall geboten erscheint¹.

1) In diesen Grenzen wird die entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften allgemein für zulässig erachtet. Vgl. Hueck-Nipperdey, I S. 47 Anm. 28; Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 279; Pakebusch S. 84, 85; Palandt § 706 Anm. 2; Baumbach-Duden § 109 Anm. 4c; Fischer in RGRK z. BGB § 706 Anm. 8; Düringer-Hachenburg-Geiler II 1 Anm. 69.

1) Das Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem dienstleistenden Gesellschafter

Die privatrechtlichen Beziehungen des zu Dienstleistungen verpflichteten Gesellschafters zur Gesamthand lassen sich ähnlich wie beim Arbeitsverhältnis in die Entstehung dieser Rechtsbeziehungen, die Pflichten des Gesellschafters, die Pflichten der Gesellschaft, die Rechte am Arbeiterergebnis und die Beendigung des Rechtsverhältnisses gliedern.

a) Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages

Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages unterliegt auch im Hinblick darauf, daß er Arbeitsleistungen verlangt, keinen arbeitsrechtlichen Beschränkungen.

Insbesondere gelten tarifliche oder betriebsverfassungsrechtliche Formvorschriften und Abschlußverbote nicht für die gesellschaftsrechtliche Mitarbeit. Das folgt für beide Arten von Gesamtvereinbarungen aus dem Gesetz selbst. So spricht das Tarifvertragsgesetz¹ von "Arbeitsverhältnissen" als Gegenstand der tariflichen Regelung und nimmt damit das Gesellschaftsverhältnis von einer solchen Regelung aus. Das Betriebsverfassungsgesetz² schließt ausdrücklich sämtliche Gesellschafter der Personengesellschaften aus dem Kreis der Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes aus. Da diese - wie oben festgestellt wurde - auch in keinem Fall Arbeitgeberbereinschaft besitzen, werden sie weder durch den Betriebsrat vertreten noch gehören sie zu der aus dem Arbeitgeber und der Belegschaft zusammengesetzten Betriebsgemeinschaft. Eben- sowenig wie in einem Tarifvertrag können daher in einer Betriebsvereinbarung bindende Vorschriften für Gesellschaft-
ter erlassen werden, die auf Grund des Gesellschaftsver-

1) Vgl. §§ 1 I und 4 I

2) Vgl. § 4 II b.

hältnisse tätig sind¹.

Diese ausdrückliche gesetzliche Beschränkung der kollektiven Gestaltungsmöglichkeiten auf echte Arbeitsverhältnisse verbietet zugleich auch die entsprechende oder sinngemäße Anwendung bestehender Abschlußnormen auf Gesellschafter, die nicht Arbeitnehmer sind. Darüber hinaus hätte die Übertragung solcher Normen auf Gesellschaftsverhältnisse eine von den Parteien der Gesamtvereinbarungen zweifellos nicht gewollte Beschränkung des Rechtes der Gesellschafter zur Folge, ihre internen Rechtsverhältnisse selbst und frei zu gestalten². Selbst wenn sich die Stellung des in der Gesellschaft tätigen Gesellschafters stark der eines Arbeitnehmers nähert oder er gar nur in die Gesellschaft aufgenommen wurde, um ein bestehendes Abschlußverbot zu umgehen, wird darum den kollektivrechtlichen Abschlußnormen keine Wirkung für das Gesellschaftsverhältnis zukommen. Es bleibt vielmehr bei dem im Gesellschaftsrecht vorherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Nach allem ist auch kein Platz für eine entsprechende Anwendung des § 65 BetrVG, der bei Einstellungen und persönlichen Veränderungen von leitenden Angestellten (§ 4 II c BetrVG) die Mitteilung an den Betriebsrat vorschreibt³.

b) Die Pflichten des Gesellschafters

aa) Inhalt und Maß der Arbeitspflicht wird allein durch die Grundsätze bestimmt, die für die vorliegende Gesell-

- 1) Vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 1 Anm. 46; Dietz, BetrVG § 52 Anm. 14a; Galperin-Siebert § 52 Anm. 31.
- 2) Dieser Wille ist für die Auslegung kollektivrechtlicher Normen ebenso entscheidend wie der Wille des Gesetzgebers für die Auslegung von Gesetzen. Vgl. Dietz BetrVG § 52 Anm. 23; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke § 1 Anm. 188.
- 3) Vgl. Pakebusch S. 91, 92.

schaftsform das Verhältnis der Gesellschafter untereinander regeln. Das sind neben den gesetzlichen Vorschriften über die Geschäftsführung vor allem die Regelungen des Gesellschaftsvertrages.

Die gesetzlichen Vorschriften über Dienstverträge, sowie alle tariflichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen, welche sich mit der Gestaltung des Inhalts der Arbeitsverhältnisse befassen¹, scheiden sowohl als direkt auch als entsprechend anwendbar aus.

Nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages richtet sich in erster Linie die Art der zu leistenden Arbeit. Ob der Gesellschafter auch andere als die vertraglich vorgesehenen Leistungen zu verrichten verpflichtet ist, etwa bei Notfällen wie plötzlichem Ausscheiden, Tod, Erkrankung oder Urlaub eines Mitgesellschafters oder Arbeitnehmers, muß die Auslegung dieser Bestimmungen unter Berücksichtigung ihres Zweckes ergeben. In jedem Falle wird man voraussetzen müssen, daß die Verrichtung der Arbeit durch diesen Gesellschafter unumgänglich ist und nicht auch durch einen Arbeitnehmer erfolgen kann, ferner daß der Gesellschafter zu ihrer körperlich oder geistig fähig ist. Eine Arbeit von geringer Bewertung wird nur dann geschuldet sein, wenn durch sie bei der Mentalität der Belegschaft nicht das Prestige des Gesellschafters als Mitunternehmer beeinträchtigt wird².

Ob der Gesellschafter die geschuldete Arbeit auch von anderen erledigen lassen kann, ist ebenfalls eine Frage der Auslegung der verpflichtenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages. Es kommt auch hierfür auf den Zweck an,

- 1) Das sind die sog. Inhaltsnormen. Ebenso wie Abschlußnormen können auch sie nur für echte Arbeitsverhältnisse vereinbart werden. Vgl. S. 154/155.
- 2) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 271/272.

der mit ihnen verfolgt wird. Insbesondere wird entscheidend sein, ob man bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages darauf abgestellt hatte, daß die zu erledigenden Arbeiten - etwa wegen ihrer Vertraulichkeit - durch diesen Gesellschafter und nicht durch einen anderen Gesellschafter oder gar einen außenstehenden Dritten durchgeführt werden sollen¹.

bb) Die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft, welche für deren Arbeitnehmer aus der personenrechtlichen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse folgt², trifft den auf Grund des Gesellschaftsvertrages mitarbeitenden Gesellschafter schon als Folge seiner Mitgliedschaft.

Das Gesellschaftsverhältnis unterliegt, da es ähnlich dem Arbeitsverhältnis auf die Persönlichkeiten der Mitglieder abgestellt ist, in besonderem Umfang den Grundsätzen von Treu und Glauben. Das bezieht sich nicht nur auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander. Im besonderen Maße zeigt sich das im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern. Der Gesellschafter ist stets gehalten, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was der Erreichung des Gesellschaftszweckes abträglich ist³.

Von dieser Treuepflicht wird wie alle vertraglichen Pflichten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft auch die Arbeitspflicht wesentlich bestimmt. Das gilt vor allem für die Geschäftsführerpflicht.

cc) Aus der allgemeinen Treuepflicht des Gesellschafters folgt auch seine Pflicht zur Verschwiegenheit⁴. Die mitar-

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.271.

2) Vgl. S. 25.

3) Vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S. 31; Fischer in RGRK z. BGB § 705 Anm.17; -RG JW 35, 1773; RGZ 128,16;142,216.

4) Zur arbeitsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 244 ff.

beitenden Gesellschafter - vor allem die Geschäftsführer - erlangen in besonderem Maße Kenntnis von betrieblichen Vorgängen, personalpolitischen Fragen oder anderen, mit dem Betrieb zusammenhängenden Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Gesellschaft steht. Daher sind sie wie niemand sonst im Betrieb gehalten, über derartige Vorgänge Verschwiegenheit zu bewahren.

dd) Aus der Treuepflicht ergibt sich schließlich auch, daß in der Gesellschaft mitarbeitende Gesellschafter ohne Einwilligung der Gesellschaft keine Konkurrenztätigkeit übernehmen dürfen, die geeignet ist, die Gesellschaft unmittelbar zu schädigen¹. Für die Gesellschafter der OHG und die Komplementäre der KG hat dieser Gedanke in den §§ 112, 113, 161 II HGB seinen Niederschlag gefunden. Er gilt aber in gleicher Weise für die Mitarbeit von Kommanditisten und stillen Gesellschaftern, sofern sie im Betrieb der Gesellschaft mitarbeiten. Ein Wettbewerbsverbot gegen diese Gesellschafter wurde nur deshalb nicht gesetzlich festgelegt, weil sie nach der gesetzlichen Regelung von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind und darum bei ihnen die Gefahr weniger naheliegt, daß sie ihre Kenntnis des Betriebes zum Nachteil der Gesellschaft verwerten. Sind sie indessen abweichend von der gesetzlichen Regel zur Mitarbeit in der Gesellschaft berufen, so haben auch sie auf Grund ihrer Treuepflicht das Wettbewerbsverbot zu beachten, wenn dies mit Rücksicht auf die Belange der Gesellschaft erforderlich ist. Wieweit diese Rücksichtnahme geht, bestimmt sich nach Lage des einzelnen Falles, insbesondere nach dem Einfluß des einzelnen Gesellschafters auf die Geschäftsführung.

1) Vgl. Baumbach-Duden § 109 Anm. 5; Weipert in RGRK z. HGB § 165 Anm. 5; - zum arbeitsrechtlichen Wettbewerbsverbot vgl. Hueck-Nipperdey I S. 249 ff.

cc) Da das Gesellschaftsverhältnis seiner Natur nach auf der Gleichordnung aller Gesellschafter beruht, besteht anders als beim Arbeitnehmer für den auf Grund Gesellschaftsvertrages mitarbeitenden Gesellschafter keine generelle Gehorsamspflicht gegenüber der Gesellschaft bzw. deren Organen. Dessen ungeachtet kann sich der Gesellschafter jedoch im Gesellschaftsvertrag verpflichten, den Anordnungen anderer Gesellschafter in bestimmtem Umfange Folge zu leisten.

c) Die Pflichten der Gesellschaft

aa) Schon der Anspruch auf die Beitragsleistung durch den Gesellschafter gehört zum Gesellschaftsvermögen der OHG und der KG, ist also gesamthänderisch gebunden¹. Auch die Arbeitsleistung, zu der sich ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag verpflichtet hat, ist darum der Gesellschaft selbst zu erbringen.

Umgekehrt können im Gesellschaftsvertrag auch Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft begründet sein.

Soweit es sich um von der Arbeitspflicht des Gesellschafters rechtlich selbständige Verpflichtungen der Gesellschaft handelt, wie etwa die Pflicht zur Zahlung einer Geschäftsführervergütung, werden sie im Gesellschaftsvertrag eine ausdrückliche Regelung gefunden haben. Art und Umfang dieser Verpflichtungen bemessen sich dann in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag.

Ebenso wie dem Gesellschafter eine allgemeine Treuepflicht obliegt, die für sein gesamtes Verhalten im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses von maßgebender Bedeutung ist², so ist aber auch die Gesellschaft über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus gehalten, die Interessen des

1) Vgl. RGZ 54, 300; 76, 278; 111, 83.

2) Vgl. S. 157.

Gesellschafter nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt. Diese allgemeine Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern ist vergleichbar mit der Fürsorgepflicht, die ihr als Arbeitgeber der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer diesen gegenüber obliegt. Die aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht folgenden Einzelpflichten werden darum - wenn der ihnen zu Grunde liegende Gedanke nicht nur für die persönlich abhängige Arbeit, sondern darüber hinaus allgemeine Gültigkeit besitzt - vielfach auch den mit der Arbeitsleistung des Gesellschafter zusammenhängenden Pflichtenkreis bestimmen können.

bb) Die Pflicht der Gesellschaft, den zur Mitarbeit verpflichteten Gesellschafter auch zu beschäftigen, ergibt sich für den Geschäftsführer aus der rechtlichen Natur der Geschäftsführung. Diese ist stets zugleich Pflicht und Recht, alle Geschäfte und Handlungen vorzunehmen, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks in der jeweiligen Gesellschaft notwendig sind¹. Der zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter hat darum einen Anspruch darauf, daß die Gesellschaft seine Tätigkeit duldet. In diesem Sinne trifft die Gesellschaft eine Beschäftigungspflicht, deren Verletzung sowohl den Erfüllungsanspruch als auch Schadensersatzansprüche des Gesellschafter auslösen können.

Für Gesellschafter indessen, deren Tätigkeit sich ähnlich der von Arbeitnehmern ohne Vorzugsstellung innerhalb der Gesellschaft abspielt, wird man die Grundsätze zur Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers² sinngemäß anzuwenden haben³. Denn hier wie dort hat der Berechtigte den anderen

1) Vgl. §§ 709 - 713 BGB, 105 II, 114 - 117, 161 II, 164 HGB

2) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 380 ff; BAG AP Nr.2 zu § 611 BGB, Beschäftigungspflicht.

3) Ebenso Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.276.

als Mitarbeiter zu achten und ihn als Menschen und Persönlichkeit zu würdigen. Die Gesellschaft ist darum gehalten, auf die Interessen des zur Arbeitsleistung verpflichteten Gesellschafters Rücksicht zu nehmen und ihn deshalb zu beschäftigen, wann und soweit ein begründetes Interesse des Gesellschafters an der tatsächlichen Beschäftigung besteht und nicht überwiegende Interessen der Gesellschaft entgegenstehen.

bb) Die im Unternehmen der Gesellschaft tätigen Gesellschafter sind den Gefahren für Leben und Gesundheit in gleicher Weise ausgesetzt wie Arbeitnehmer. Sie bedürfen daher desselben Schutzes wie er den Arbeitnehmern durch die Vorschriften der §§ 617, 618 BGB und 62 HGB zuteil wird. Die Gesellschaft ist vor allem verpflichtet, die Arbeits- und Fabrikräume sowie die Arbeitsgeräte auch für die Gesellschafter in gutem Zustand zu halten¹.

Im Falle einer Zuwiderhandlung besteht ein Schadensersatzanspruch des Gesellschafters aus positiver Vertragsverletzung jedoch nur, wenn ihre Organe grobfahrlässig gehandelt oder die Sorgfalt außer acht gelassen haben, die ihnen in eigenen Angelegenheiten obliegt².

Die Schadensersatzpflicht der Gesellschaft unterliegt hingegen im allgemeinen nicht der Beschränkung des § 636 RVO.

In den meisten Fällen wird sie schon deshalb entfallen, weil der geschädigte Gesellschafter nicht unfallversichert ist³.

1) Vgl. Düringer-Hachenburg-Geiler II 1 Anm. 70; Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 276.

2) Vgl. §§ 277, 708 BGB (105 II, 161 II HGB).

3) Näheres zur Versicherungspflicht von Gesellschaftern s.S. 171.

Im übrigen verbieten es Zweck und Wortlaut der Vorschrift, sie auf Gesellschafter der OHG und der KG anzuwenden¹. Sie gewährt dem "Unternehmer" einen vermögensrechtlichen Schutz zum Ausgleich dafür, daß er die Lasten der Unfallversicherung zu tragen hat². Unternehmer in diesem Sinne ist bei der OHG und der KG der Gesellschafterverband³. Die Gesamthand der Gesellschafter ist jedoch nichts von den einzelnen Mitgliedern völlig Verschiedenes. Als Mitträgern des Gesellschaftsvermögens kommt vielmehr jedem einzelnen von ihnen der durch die Haftungsbeschränkung gemäß § 636 RVO eintretende Vermögensvorteil unmittelbar zugute. Die Vorschrift kann darum nicht zugleich zum Nachteil der Gesellschafter wirken.

cc) Die Anerkennung einer allgemeinen Treuepflicht der Gesellschaft führt ohne weiteres dazu, daß die Gesellschaft auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zur Aufbewahrung der vom Gesellschafter im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit eingebraachten Sachen verpflichtet ist. Die Gesellschaft wird namentlich für die Einräumung eines Platzes für das Abstellen eines Fahrzeuges zu sorgen haben⁴.

Während die Gesellschaft ihren Arbeitnehmern gegenüber jedoch für jedes Verschulden haftet⁵, hat sie ihren Gesellschaftern nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt⁶.

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.276 Anm. 50; Bayer.LSG in SozRechtlEntschSamml § 537 RVO Ziff. 1 (Nr. 11).

2) Vgl. RAG ARS 25, 247 (248).

3) Vgl. die Ausführungen zum Unternehmerbegriff S. 19ff.

4) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.276 - zu diesem Problem im Arbeitsrecht vgl. Bulla RdA 50,88; Hueck-Nipperdey I S. 405; Nikisch I S. 479.

5) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 408.

6) Vgl. S. 161 Anm. 2.

dd) Die Pflicht des Arbeitgebers, die öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen zu erfüllen, besteht zugleich dem Staat und als Ausfluß seiner Fürsorgepflicht auch dem Arbeitnehmer gegenüber¹. Soweit diese Vorschriften auch für Personen gelten, die im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen tätig sind², ist die Gesellschaft auch ihnen gegenüber zu ihrer Beachtung verpflichtet.

ee) Aufwendungen sind bei der OHG und der KG den Gesellschaftern gemäß §§ 110, 161 II HGB zu ersetzen. Diese Regelung bezieht sich auf alle Gesellschafter und nicht nur auf die Geschäftsführung im Sinne des § 114 HGB³. Sie ist daher im vorliegenden Bereich allgemein anwendbar.

ff) Das Bundesurlaubsgesetz gilt nach der ausdrücklichen Regelung in § 2 nur für Arbeitnehmer, also nicht für Personen, die ausschließlich in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter tätig sind.

Der dem Urlaubsgesetz zu Grunde liegende Gedanke der Gesunderhaltung hat jedoch keine geringere Bedeutung für mitarbeitende Gesellschafter. Es gehört darum zur Treuepflicht der Gesellschaft, daß dem zur Arbeit verpflichteten Gesellschafter die Möglichkeit gewährt wird, einmal im Jahr zur Erhaltung der Gesundheit und zur Gewinnung neuer Kräfte einige Zeit von der Arbeit auszuruhen. Dies liegt auch im richtig verstandenen Interesse der Gesellschaft selbst, bedeuten doch die Auffrischung und möglichst lange Erhaltung der Arbeitskraft des Gesellschafters wesentliche Werte für das Unternehmen. Die Gesellschaft schuldet

1) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 408; Nikisch I S. 476, 477; Staudinger-Nipperdey-Mohnen vor §§ 617 - 619; ferner hier S. 84.

2) Vgl. dazu S. 168 ff.

3) Vgl. Weipert in RGRK z. HGB § 110 Anm. 2; Baumbach-Duden § 110 Anm. 1

daher grundsätzlich auch ihren mitarbeitenden Gesellschaftern den vom Gesetzgeber als Mindesturlaub angesehenen Urlaub, und zwar ohne Minderung der Bezüge¹. Geschäftliche Belange können den Urlaubsanspruch des Gesellschafters nicht beseitigen. Doch kann die Treuepflicht dem Gesellschafter gebieten, seinen Anspruch zu einem späteren als dem vorgesehenen Zeitpunkt geltend zu machen. Auch eine Wartezeit² wird der Gesellschafter einhalten müssen.

gg) Grundsätzlich besteht dem Gesellschafter gegenüber weder die Pflicht zur Erteilung eines Zeugnisses noch von Auskünften an Dritte³. Besteht jedoch ein begründetes Interesse des Gesellschafters - etwa um seine Fachkenntnisse nachzuweisen, weil er in ein Arbeitsverhältnis einzutreten gedenkt - so können sich Auskunfts- und Zeugnispflicht der Gesellschaft aus deren allgemeiner Treuepflicht ergeben⁴.

hh) Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer des Betriebes, wie Weihnachtsgratifikationen und Ruhegelder, sind nicht auch grundsätzlich den aufgrund ihrer Mitgliedschaft⁵ im Betrieb mitarbeitenden Gesellschaftern zu gewähren. Eine Gleichbehandlung von Arbeitnehmern und Gesellschaftern⁶ ist insoweit wegen der verschiedenartigen

1) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 275.

2) Analog § 4 BUrlG.

3) Vgl. Düringer-Hachenburg-Geiler II 1 Anm. 71; Schnorr v. Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 277.

4) Schnorr v. Carolsfeld aaO.

5) Hier sind nur die Ansprüche der aufgrund gesellschaftsrechtlicher Verpflichtungen im Betrieb tätigen Gesellschafter zu behandeln. Zur Frage, ob Gesellschaftern, die zugleich Arbeitnehmer sind, die freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers ebenso zu gewähren sind wie sonstigen Arbeitnehmern der Gesellschaft oder ob die Stellung als Gesellschafter den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz insoweit von vornherein ausschließt, vgl. S. 176 ff.

6) Zu dem heute anerkannten Grundsatz, daß die Arbeitnehmer desselben Betriebes unter denselben Voraussetzungen gleich zu behandeln sind, vgl. Hueck-Nipperdey I S. 417ff, ferner hier S. 176 ff.

Grundlage ihrer Tätigkeit im Betrieb und ihrer unterschiedlichen sozialen Stellung grundsätzlich nicht geboten.

Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß sich hinsichtlich sozialer Leistungen aus einer langjährigen betrieblichen Übung das Gebot der Gleichbehandlung auch von Arbeitnehmern und Gesellschafter-Mitarbeitern eines Betriebes ergibt.

Wird beispielsweise den im Betrieb tätigen Gesellschaftern mehrere Jahre¹ hintereinander in gleicher Weise wie den Arbeitnehmern zu Weihnachten oder aus anderem Anlaß eine Sonderzuwendung gewährt, kann es Treu und Glauben widersprechen, sie ihnen für die Zukunft mit dem Hinweis darauf, daß sie nicht Arbeitnehmer sind, zu verwehren.

Auch können die Gesellschafter nach Treu und Glauben verpflichtet sein, einem Gesellschafter, der seine gesamte Schaffenskraft ausschließlich dem Unternehmen der Gesellschaft gewidmet hat, aus Mitteln des Unternehmens eine angemessene Altersversorgung zu sichern, wenn dies auch für die Arbeitnehmer des Betriebes geschieht.

d) Das Recht am Arbeitsergebnis

Arbeitsergebnisse, welche Gegenstand besonderer Rechte, namentlich von Sachen- und Urheberrechten sind, stehen auch bei mitgliedschaftlicher Tätigkeit demjenigen zu, für den die Arbeitsleistung erbracht wurde. Das ist bei der OHG und der KG die Gesamthand. Es bestehen jedoch keine Bedenken, die allgemeinen Grundsätze, welche sich aus dem Gesetz über die Arbeitnehmererfindungen ergeben, hierher zu übertragen. Insbesondere wird dem Gesellschafter eine angemessene Vergütung für seine Erfindung zu gewähren sein, falls die Gesellschaft sie in Anspruch nimmt².

- 1) In Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG zu den Gratifikationsansprüchen der Arbeitnehmer (AP Nr. 1 - 6 zu § 611 BGB Gratifikation) wird man mindestens die dreimalige vorbehaltlose Zahlung der Zuwendung verlangen müssen.
- 2) Analog § 9 ArbNErfindG.

e) Die Rechtsfolgen bei Unterbleiben der Arbeitsleistung

Unterbleibt die Arbeitsleistung, so verlangt an sich der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, daß die Bezüge des Gesellschafters aus seiner Gesellschaftstellung¹ anteilig gekürzt werden, gleichgültig ob der Gesellschafter den Ausfall seiner Mitwirkung zu vertreten hat oder nicht. In bestimmten Fällen wird jedoch ähnlich wie im Arbeitsrecht der Ausfall von Leistungen eines Gesellschafters doch nicht zu einer Kürzung seiner Berechtigung führen dürfen. Dies gilt dann, wenn der Gesellschafter nur für verhältnismäßig kurze Zeit und dazu unverschuldet - namentlich infolge Unfalls oder Erkrankung - an der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Vorschriften des Arbeitsrechts für diesen Fall² sind entsprechend anzuwenden³.

f) Der Haftungsausschluß bei gefahrbehafteter Arbeit

Die Verletzung der Vertragspflichten kann sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den aufgrund des Gesellschaftsvertrages im Betrieb mitarbeitenden Gesellschafter eine Schadensersatzpflicht begründen. Im einen Falle besteht sie gegenüber der Gesellschaft als dem Partner des Arbeitsvertrages, im anderen gegenüber den Mitgesellschaftern. Voraussetzung für die Ersatzpflicht in beiden Fällen ist - wie auch sonst grundsätzlich bei Schadensersatzpflicht aus Vertragsverletzungen - ein Verschulden des Arbeitnehmers bzw. des Gesellschafters. Für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften Arbeitnehmer wie Gesellschafter stets⁴. Für Gesell-

1) Dies sind Gewinnanteile wie auch gesondert zugesagte Vergütungen.

2) §§ 616 BGB, 63 HGB, 133a GewO.

3) Vgl. Düringer-Hachenburg-Geiler II Anm. 72; Schnorr v. Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.274; -a.A. Fischer in RGRK z. BGB § 706 Anm. 8.

4) Vgl. §§ 276, 277 BGB.

schafter ist im übrigen die Haftung auf die Verletzung der eigenüblichen Sorgfalt beschränkt¹. Die Haftung von Arbeitnehmern hat durch Lehre und Rechtsprechung eine noch weitergehende Einschränkung erfahren. Sofern den Arbeitnehmer nur leichte Fahrlässigkeit trifft, ist seine Haftung bei besonders gefahrenbehafteter² Arbeit gänzlich ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluß wird aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hergeleitet, der das Risiko des Betriebes zu tragen hat und dieses nach Treu und Glauben in Fällen leichter Fahrlässigkeit nicht auf den Arbeitnehmer abwälzen können soll³.

Dieser Haftungsausschließungsgrund, den das Arbeitsrecht kennt, ist auch für die gesellschaftsrechtliche Mitarbeit anwendbar⁴.

Die Bestimmung des § 708 BGB, wonach ein Gesellschafter nur für diejenigen Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, soll die Haftung mildern und nicht erschweren. Sie steht deshalb einer weitergehenden Beschränkung der Haftung nicht entgegen.

Im übrigen treffen die Überlegungen, die zum Haftungsausschluß bei Arbeitnehmern führten, in gleicher Weise auch auf Gesellschafter zu, die im Rahmen ihrer Mitgliedschaft eine gefahrenbehaftete Tätigkeit ausüben. Das Betriebsrisiko hat die Gesellschaft, also die Gesamtheit aller Gesellschafter zu tragen. Ebenso wie es der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht zuwiderläuft, dieses Risiko auf Arbeitnehmer abzuwälzen, widerspricht es der gesellschafts-

- 1) Vgl. §§ 708 BGB; anwendbar für OHG und KG über §§ 105 II, 161 II HGB; für die stille Gesellschaft als echter Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB ebenfalls gültig, vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht S. 100 und 102.
- 2) auch "gefahrengeneigte" oder "schadensgeneigte" Arbeit genannt.
- 3) Vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 232 ff; Nikisch I, S. 304 ff; BGH AP Nr. 1 zu § 611 BGB (Haftung des Arbeitnehmers).
- 4) a.A. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck, S. 275/276.

rechtlichen Treuepflicht¹, wenn es einzelnen Gesellschaftern aufgebürdet wird.

g) Die Beendigung des Rechtsverhältnisses

Die Arbeitsverpflichtung des Gesellschafters endet, wenn das Gesellschaftsverhältnis aufhört² oder nur dieser Pflichtenkreis aufgehoben wird.

Kündigungsbeschränkungen, die das Arbeitsrecht kennt, sind nicht anwendbar.

Die Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes, des Angestelltenkündigungsschutzgesetzes und des Schwerbeschädigtengesetzes sind - wie der Gesetzeswortlaut bestätigt³ - nur für echte abhängige Arbeit, nicht aber für die unternehmerische Tätigkeit von Gesellschaftern gedacht. Die Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen des Mutterschutzgesetzes und des Schwerbeschädigtengesetzes⁴ könnte wegen der ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Schutzgedanken in Betracht kommen, falls die vorliegende Arbeit der Hauptbeitrag des betreffenden Gesellschafters ist. Dies scheitert jedoch an der Erwägung, daß die übrigen Gesellschafter an der Durchführung ihrer Gesellschaftsziele nicht durch die persönlichen Verhältnisse eines Gesellschafters gehindert werden können⁵.

2. Der Arbeitsschutz

a) Die Vorschriften des Arbeitnehmerschutzrechtes⁶ haben im vorliegenden Rahmen nur in beschränktem Umfang Geltung.

1) Vgl. S. 157.

2) Zur Unterscheidung zwischen Auflösung und Beendigung der Gesellschaft vgl. S. 126.

3) Vgl. §§ 1, 12b KüSchG, 1 AngKüSchG, 14 ff mit 5 I SchwbeschG.

4) §§ 9 MuSchG und 14 ff SchwbeschG.

5) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Festschrift für Hueck, S. 277, 278.

6) Vgl. die Vorschriften in Anm. 2, 4-6 S. 169.

Ihre Wirksamkeit muß nämlich naturgemäß von vornherein für solche Gesellschafter entfallen, die selbst über die Durchführung zu befinden und die strafrechtliche Verantwortung zu tragen haben. Dies sind bei der OHG und der KG die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung bzw. Geschäftsführung berufenen, Gesellschafter¹.

b) Soweit es sich indessen um nicht leitende Tätigkeit handelt, sind die den Arbeitnehmerschutzbestimmungen zugrunde liegenden Gedanken weitgehend auch für Gesellschafter anwendbar. So hat die Gesellschaft auch zugunsten der Gesellschafter die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Schutz vor Gefahren² zu beachten³. Auch die Schutzvorschriften für Frauen und Jugendliche, welche für diese bestimmte Arbeiten verbieten⁴ oder eine bestimmte Höchstarbeitszeit vorschreiben⁵, haben für die gesellschaftliche Mitarbeit Geltung, da es ihnen um den Schutz nicht nur der Arbeitnehmer, sondern der gesamten arbeitenden Bevölkerung geht. Hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit lassen sich im übrigen allgemein gültige Regeln nicht aufstellen. Sie wird vielmehr nach den jeweiligen gesellschaftlichen Erfordernissen - wenn auch gegebenenfalls mit einer gewissen Anlehnung an die übliche Arbeitszeit gleichartig tätiger Arbeitnehmer - zu bestimmen sein. Schließlich ist auch die Mutterschutzgesetzgebung, soweit sie Leben und Gesundheit von Mutter und Kind im Auge hat⁶, auf die Mitarbeit im Rahmen von Gesellschafterverhältnissen anzuwenden⁷.

1) Vgl. S. 39 ff.

2) Vgl. §§ 120a-120g GewO sowie die aufgrund des § 708 RVO mit Zustimmung des Bundesarbeitsministers (§ 709 RVO) erlassenen Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften.

3) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 276.

4) z.B. nach §§ 16 AZO und 17 JArbSchG.

5) z.B. nach §§ 17 AZO und 10 JArbSchG.

6) so die §§ 3 ff MuSchG.

7) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 274.

3. Kollektivrecht

In anderem Zusammenhang wurde bereits festgestellt, daß Gesellschaftsverhältnisse einer kollektivrechtlichen Regelung nicht zugänglich sind und auch die sinngemäße Anwendung kollektivrechtlicher Normen - soweit sie Abschluß und Inhalt von Arbeitsverträgen betreffen - ausgeschlossen ist¹.

Im Gegensatz dazu kann es durchaus zulässig und zweckmäßig sein, kollektivrechtliche Vorschriften über die Ordnung des Betriebes² auf das Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu dem mitarbeitenden Gesellschafter entsprechend anzuwenden³. Zwar sind Gesellschafter insoweit nicht Arbeitnehmer. Da sie aber wie Arbeitnehmer im Betrieb der Gesellschaft einer Beschäftigung nachgehen, sind sie ebenso Teil des betrieblichen Organismus wie diese. Es kann sich darum als im Interesse der Funktionsfähigkeit des Betriebes notwendig erweisen, daß auch Gesellschafter an die dafür geschaffene Ordnung gebunden sind. Ein wichtiges Beispiel hierfür bildet das Rauchverbot.

Im übrigen kommt das Betriebsverfassungsgesetz kraft ausdrücklicher Regelung in § 4 II b für Gesellschafter weder direkt noch entsprechend zur Anwendung. So sind Gesellschafter nicht wahlberechtigt⁴. Auch kommt es bei Errechnung der Größe des Betriebsrates auf die Zahl der im Betriebe tätigen Gesellschafter nicht an⁵. Diese dürfen ferner an den Be-

1) Vgl. S. 154/155, 156.

2) Das sind Tarifnormen im Sinne der §§ 2 I und 3 II TVG und Betriebsordnungen aufgrund § 52 BetrVG.

3) Vgl. Pakebusch S. 94; ähnlich Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 270.

4) Vgl. §§ 6, 7 in Vdg. mit 4 II b BetrVG.

5) Vgl. §§ 9, 10 BetrVG.

triebsversammlungen nur als Vertreter des Arbeitgebers teilnehmen^{1,2}.

4. Sozialversicherung

Der Versicherungszwang bezweckt den Schutz all derer, die nicht in der Lage sind, sich aus eigener Kraft gegen die verschiedenen Wechselfälle des Lebens zu sichern. Das Gesetz hat beim Aufbau der Sozialversicherung in der Regelung des Personenkreises, der Beiträge und der Leistungen diese Grenze deutlich erkennbar eingehalten. So sieht es als Grundvoraussetzung für den Eintritt jeder Versicherungspflicht an, daß fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt geleistet wird³.

Auch für die Versicherungspflicht von Gesellschaftern kommt es demnach auf das Vorliegen eines solchen versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses entscheidend an. Die Eigenschaft Gesellschafter, insbesondere Kommanditist zu sein, löst jedenfalls für sich allein keine Versicherungspflicht aus. Auch die persönliche Mitarbeit im Unternehmen der Gesellschaft begründet keine Versicherungspflicht, solange sie im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses erfolgt, mithin unternehmerische Tätigkeit ist. Nur in der Unfallversicherung ist die Versicherungspflicht und damit der Versicherungsschutz für Gesellschafter, die nicht Arbeitnehmer sind, denkbar, sofern sie wie solche oder ihnen Gleichgestellte tätig sind⁴ oder sich die Satzung des Versicherungsträgers auf sie als Unternehmer erstreckt⁵.

1) Vgl. §§ 41, 42 I 2, 3 BetrVG.

2) Nicht in diesem Zusammenhang stehen und darum an anderer Stelle erörtert werden die Tarifgebundenheit und die Zugehörigkeit von Gesellschaftern zum Wirtschaftsausschuß, vgl. S. 102 ff und 95 ff.

3) Vgl. §§ 165ff, 1227ff RVO, 2ff AnVG; ferner hier S. 15.

4) Vgl. § 539 II RVO.

5) Vgl. § 543 I RVO.

5. Konkursvorrecht

Nach § 61 Nr. 1 KO sind "Personen, welche sich dem Gemeinschuldner zur Leistung von Diensten für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft verdungen haben" wegen ihrer rückständigen Forderungen aus dem letzten Jahr vor Konkurseröffnung an erster Stelle aller Konkursgläubiger aus der Konkursmasse zu befriedigen. Bereits ihrem Wortlaut nach kann diese Vorschrift für die Mitarbeit im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen nicht eingreifen. Der Ausdruck "zur Leistung von Diensten verdungen" setzt nämlich eine soziale, namentlich eine persönliche Abhängigkeit im Rahmen eines gesonderten Dienstverhältnisses voraus¹. Die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Mitarbeit des Gesellschafters ist aber stets Ausfluß seiner Mitgliedschaft. Selbst die Vereinbarung einer gesonderten Vergütung - wie sie häufig für die Geschäftsführung erfolgt - läßt keinen gesonderten Dienstvertrag neben dem Gesellschaftsvertrag entstehen². Alles was der Gesellschafter für seine Tätigkeit erhält, fließt ihm kraft Gesellschaftsrecht zu.

Im übrigen fehlt es dieser Personengruppe auch an der den Schutz des § 61 Nr. 1 KO rechtfertigen sozialen Abhängigkeit. Dies trifft namentlich für Organgesellschafter zu. Sie unterliegen nicht dem Weisungsrecht eines Arbeitgebers, üben vielmehr im Verhältnis zur Belegschaft die Pflichten und Rechte des Arbeitgebers selbst aus³. Als wahre Leiter des Unternehmens sind sie deswegen auch für die wirtschaftlichen Schwierigkeiten verantwortlich, die zum Konkurs ge-

1) Vgl. Jaeger I, § 61 Anm. 13 a; Mentzel-Kuhn § 61 Anm. 24; RGZ 120, 300 (302); RAG 7, 166 (170, 171), 17, 139 (141), 26, 18 (23, 24); RAG DR 42, 688 (Nr. 15); BGH NJW 55, 1147.

2) Vgl. S. 151/175.

3) Vgl. S. 39 ff.

führt haben¹. Sie erscheinen darum des Konkursvorrechts weder bedürftig noch würdig².

Die Gesellschafter sind darum für ihre Vergütungsansprüche, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, nur einfache Konkursgläubiger.

Beruhet indessen ihr Guthaben auf einem zwischen ihnen und der Gesellschaft gesondert vereinbarten echten Arbeitsverhältnis, so ist es in jedem Falle gemäß § 61 Nr. 1 KO bevorrechtigt zu befriedigen.

Auch für die Forderungen aus einem sonstigen Dienstverhältnis kann das Konkursvorrecht in Anspruch genommen werden, sofern der dienstverpflichtete Gesellschafter - etwa als freiberuflicher Steuerberater, Rechtsanwalt oder Architekt - hauptsächlich für die Gesellschaft tätig und darum in Sinne des § 61 Nr. 1 KO von ihr sozial abhängig war³.

6. Die arbeitsrechtlichen Verfahren

a) Da die im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses tätigen Personen keine Arbeitnehmereigenschaft besitzen⁴, finden im Verfahren vor den Arbeitsgerichten auf diesen Personenkreis grundsätzlich diejenigen Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes keine Anwendung, die von "Arbeitnehmern" oder "Arbeitsverhältnissen" handeln. Demzufolge kann sich die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Rechtsstreitigkeiten über die gesellschaftliche Mitarbeit weder aus § 2 I 2 ArbGG noch aus den weiteren Fällen dieser Bestimmung ergeben⁵. Für die Organtätigkeit folgt die Unzuständigkeit der Arbeitsgerichte

1) Vgl. §§ 244, 210 I KO.

2) Vgl. Pakebusch S. 99.

3) Vgl. BGH NJW 55, 1147.

4) Vgl. S. 153.

5) Bestehen Zweifel darüber, ob sich der eingeklagte Anspruch aus arbeitsrechtlichen oder aus gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten ergibt, so hat das zunächst angerufene Gericht für Arbeitssachen vorab in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen, ob wirklich ein Arbeitsverhältnis vorliegt, vgl. BAG v. 13.3.1964=NJW 64, 2435.

darüberhinaus aus § 5 I 3 ArbGG. Diese Vorschrift stellt ausdrücklich fest, daß die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Personen nicht als Arbeitnehmer gelten.

b) Infolgedessen rechnen die Gesellschafter auch für die Berufung zum Laienrichter in allen arbeitsrechtlichen Verfahrensarten grundsätzlich zu den Arbeitgebern. Für die Besetzung der Arbeits- und Sozialgerichte, der Schlichtungsstellen für Gesamtstreitigkeiten sowie der Selbstverwaltungsorgane in der Sozialversicherung ist dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt worden¹. Für die Mitgliedschaft in Schiedsgerichten² fehlt eine gesetzliche Regelung. Doch ist die Vorschrift des § 22 I 1 ArbGG entsprechend anzuwenden³. Machen Gesellschafter von dem Recht der freiwilligen Sozialversicherung Gebrauch, so rechnen sie allerdings für die Selbstverwaltung und in der Sozialgerichtsbarkeit wie jeder andere Versicherte nicht zu den Arbeitgebern⁴.

Arbeitgeberbeisitzer der Arbeitsgerichte sollen zur Zeit ihrer Berufung seit mindestens einem Jahr im Bereich des Arbeitsgerichts als Arbeitgeber tätig sein⁵. Auch hier genügt die Tätigkeit in einer Stellung, die nach § 22 ArbGG der Tätigkeit als Arbeitgeber entspricht⁶. Die zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafter müssen also ihre Organstellung seit mindestens einem Jahr innehaben und die vertretene Gesellschaft während dieser Zeit regelmäßig Arbeitnehmer beschäftigt haben, ehe sie zum Arbeitsrichter berufen werden können.

1) Vgl. §§ 22 II 1 ArbGG, 16 IV 2 SGG, 3 I 1 DVO z. SchlichtG Rheinl.-Pfalz, 9 II SchlichtVO Berlin-West, 1 I III SchlichtO Baden, 1 VII SelbstverwG.

2) Vgl. § 103 ArbGG.

3) Vgl. Dersch-Volkmar § 103 Anm. 4c.

4) Vgl. §§ 2 VII SelbstverwG, 16 IV 1 SGG.

5) Vgl. § 21 I ArbGG.

6) Vgl. Dietz-Nikisch § 21 Anm. 13; Dersch-Volkmar § 21 Anm. 5.

II. Zur Arbeit auf Grund freien Dienstvertrages

1. Hier kommt namentlich die Geschäftsführertätigkeit solcher Gesellschafter in Betracht, die kraft Gesetzes oder aus irgend einem Grund durch den Gesellschaftsvertrag von ihr ausgeschlossen sind. Aber auch die Tätigkeit von organschaftlichen Geschäftsführern gegen ein besonderes "Gehalt" gehört hierher, sofern man - wie dies vereinzelt geschieht¹ - in der Vereinbarung der Vergütung den Abschluß eines echten Dienstvertrages sieht.

Es liegt auf der Hand, daß sich die rechtliche Stellung des auf Grund freien Dienstverhältnisses die Geschäfte führenden Gesellschafters - was die für die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften maßgebende soziale Schutzbedürftigkeit anbelangt - von der eines organschaftlichen Geschäftsführers nicht grundsätzlich unterscheidet. Mit der durch die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendung des Dienstvertragsrechts gebotenen Sonderbehandlung finden darum die vorstehend für die gesellschaftsrechtliche Mitarbeit aufgestellten Grundsätze ohne Einschränkung Anwendung.

1) Vgl. Baumbach-Duden § 110 Anm. 4; dazu vgl. BGH BB 63, 368 und hier S. 152 mit Anm. 1.

III. Zur Arbeit auf Grund Arbeitsvertrages

Übernimmt ein Gesellschafter die Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf Grund eines gesonderten, echten Arbeitsvertrages, so gelten, da es keine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung ist, die für die gesellschaftsrechtliche Mitarbeit dargelegten Grundsätze nicht. Der Gesellschafter ist echter Arbeitnehmer. Er hat hinsichtlich seiner Arbeitnehmertätigkeit die gleiche Rechtsstellung wie andere Arbeitnehmer der Gesellschaft mit der Folge, daß insoweit auf ihn die arbeitsrechtlichen Vorschriften unmittelbare und grundsätzlich uneingeschränkte Anwendung finden¹. Auch auf ihn ist der Grundsatz anzuwenden, daß die Arbeitnehmer desselben Betriebes gleich zu behandeln sind. Soweit sich aus diesem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechtsansprüche herleiten, wie der Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation oder eines Ruhegehalts stehen auch diese Ansprüche dem Gesellschafter zu. Es gelten für ihn die gesetzlichen Vorschriften über Dienstverträge sowie alle tariflichen Normen, die sich mit Abschluß und Inhalt des Arbeitsverhältnisses befassen und die auch für sonstige Arbeitnehmer gelten würden, wenn sie die Stellung des Gesellschafters inne hätten. Arbeitnehmer-Gesellschafter unterliegen beispielsweise der Pflicht zur Verschwiegenheit² ebenso wie den arbeitsrechtlichen Wettbewerbsverboten³. Der Arbeitnehmer-Gesellschafter hat Anspruch auf den gesetzlich vorgeschriebenen Mindesturlaub. Er genießt grundsätzlich auch den Schutz der Kündigungsbeschränkungen,

1) Vgl. Fischer in RGRK z. BGB § 706 Anm. 10.

2) Zur Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmer vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 244 ff.

3) Zu diesen vgl. Hueck-Nipperdey I, S. 249 ff.

die das Arbeitsrecht kennt¹. Er hat Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auch besitzt er das Konkursvorrecht gemäß § 61 Nr. 1 KO.

Das Arbeitsverhältnis eines Gesellschafters läßt sich allerdings nicht vollkommen von dem daneben stehenden Gesellschaftsverhältnis lösen.

Wie mehrfach erwähnt ist das Gesellschaftsverhältnis von dem Grundsatz gegenseitiger Treue beherrscht. Für den Gesellschafter wirkt dies dahin, daß er nichts tun darf und alles unterlassen muß, was der Gesellschaft schädlich ist. Unter diesem Gesichtspunkt können auch die Rechte eines Gesellschafters aus einem Arbeitsverhältnis gewissen Einschränkungen unterliegen, und zwar in der Weise, daß der Gesellschafter bei ihrer Geltendmachung auch die Interessen einer Gesellschaft in gebührendem Umfang wahren muß².

Dabei ist aber zu beachten, daß das Interesse der Gesellschaft nicht von vornherein höherwertig ist als das Individualinteresse des Gesellschafters³. Darum reicht die Tatsache, daß die Gesellschaftsinteressen und die Interessen als Arbeitnehmer in der Person des Gesellschafters kollidieren, für sich allein nicht aus, ihm die Berufung

1) Vgl. §§ 1 ff KUSchG, § 1 AngKUSchG, §§ 14 ff SchwbeschG, § 9 MuSchG. Gemäß § 12b KUSchG entfällt der Kündigungsschutz für die kraft Gesetzes oder aufgrund Gesellschaftsvertrages zur Vertretung berufenen Gesellschafter der Personenhandels-gesellschaften. Diese können nach der im Text (vgl. S. 140) dargelegten Auffassung nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein, so daß sie ohnehin nicht die Voraussetzungen für den Kündigungsschutz gemäß § 1 KUSchG erfüllen. Schnorr v. Carolsfeld, Festschrift für Hueck S. 264 will jedoch die Regelung des § 12b KUSchG auch auf nicht vertretungsbefugte Gesellschafter, also solche, die Arbeitnehmer der Gesellschaft sein können und es auch sind, anwenden. Dem kann nicht zugestimmt werden. Wenn man schon die Möglichkeit einräumt, daß Gesellschafter in ein echtes Arbeitsverhältnis zu ihrer Gesellschaft treten können, muß man diese Gesellschafter - wenigstens grundsätzlich - auch wie sonstige Arbeitnehmer behandeln. Wenn nicht die im Einzelfalle gegebene Interessenlage eine andere Beurteilung erfordert, wird man daher auch Arbeitnehmer-Gesellschaftern den gesetzlichen Kündigungsschutz zubilligen müssen.

2) Vgl. RG JW 37, 1986.

3) Vgl. Fischer in RGRK z. BGB § 705 Anm. 17.

auf seine Arbeitnehmereigenschaft zu verwehren. Es gilt vielmehr in jedem denkbaren Fall von Pflichtenkollision abzuwägen, ob dem Interesse der Gesellschaft an der Erreichung des Gesellschaftszwecks gegenüber der sozialen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmer-Gesellschafters der Vorrang gebührt. Erst wenn sich daraufhin unter Berücksichtigung aller Umstände des besonderen Falles ergibt, daß das Interesse des Gesellschafters hinter dem der Gesellschaft zurücktreten muß, kann insoweit von dem Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen und der Gesellschafter nicht als Arbeitnehmer behandelt werden¹.

So kann es im Einzelfall zulässig sein, einem Gesellschafter-Arbeitnehmer (vor allem in Kleinbetrieben) die den übrigen Arbeitnehmern des Betriebes zugesagte freiwillige soziale Leistung (wie Gratifikationen, Ruhegelder oder Prämien) zu verwehren, wenn die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so angespannt ist, daß die Versagung dieser Leistung als sinnvolle Sparmaßnahme angesehen werden muß. In einem solchen Falle würde es seiner Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber widersprechen, wenn der Arbeitnehmer-Gesellschafter unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gegen die hier überwiegenden Interessen der Gesellschaft die soziale Leistung verlangen würde.

Ein anderes bereits oben² erörtertes Beispiel bildet die Begrenzung des Weisungsrechts gegenüber Arbeitnehmer-Gesellschaftern für den Fall, daß der Weisung von einem anderen Gesellschafter widersprochen wurde und der betreffende Arbeitnehmer-Gesellschafter Kenntnis von diesem Widerspruch hat. Hier kann der Arbeitnehmer-Gesellschafter mit Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft aufgrund

1) a.A. Schnorr von Carolsfeld, Festschrift für Hueck S.264.

2) Vgl. S. 67.

seiner gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verpflichtet und berechtigt sein, den Gehorsam zu verweigern. Im Bereich der Betriebsverfassung ist der Vorrang der Gesellschaftereigenschaft vor der Eigenschaft als Arbeitnehmer bei Zusammentreffen in einer Person bereits vom Gesetzgeber Rechnung getragen worden, indem er sämtlichen Mitgliedern von Personengesamtheiten die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gesetzes absprach, selbst dann, wenn sie im übrigen in einem echten Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen¹.

Wo sich aufgrund der jeweils vorzunehmenden Interessenabwägung ein Vorrang der Gesellschaftsinteressen vor den schutzwürdigen Interessen des Gesellschafters als Arbeitnehmer nicht ergibt, bleibt es indessen bei dem Grundsatz, daß dem Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer die gleichen Rechte zustehen und die gleichen Rechte obliegen wie sie sich für sonstige Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ergeben.

1) Vgl. § 4 II b BetrVG.

ZUSAMMENFASSUNG

(in Leitsätzen)

1. Soweit das Gesetz nicht anderes bestimmt, ist **A r b e i t g e b e r** bzw. Unternehmer der jeweilige Gesellschafterverband. Die "Organe" der Gesellschaft können als "arbeitgeberähnliche Personen" bezeichnet werden. (S.22 - 30)
2. Die handelsrechtlichen Vorschriften über die **V e r t r e t u n g** der Gesellschaft finden auch im arbeitsrechtlichen Bereich Anwendung. Es können grundsätzlich nur die kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages zur Vertretung berufenen Gesellschafter arbeitsrechtliche Geschäfte und Rechtshandlungen mit Wirkung für und gegen die Gesellschaft vornehmen. (S. 32 - 40)

Von der Vertretung der Gesellschaft kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages ausgeschlossene Gesellschafter können durch Prokura und Handlungsvollmacht zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt werden. Geschäftsführungsbefugte Gesellschafter gelten in der Regel als stillschweigend bevollmächtigt, die Gesellschaft im Rahmen ihrer Geschäftsführertätigkeit auch ihren Arbeitnehmern gegenüber zu vertreten. (S. 40 - 49)

Einzelne Gesamtvertreter gelten ebenfalls als bevollmächtigt, die Gesellschaft im Rahmen der ihnen zugewiesenen Geschäftstätigkeit den Arbeitnehmern gegenüber zu vertreten. (S. 49 - 54)

3. Die **E i n s t e l l u n g**, **E n t l a s s u n g** oder **A n w e i s u n g** von Arbeitnehmern für die Gesellschaft durch andere als zu deren Vertretung berufene Gesellschafter und deren Bevollmächtigte sind schwebend unwirksam. Sie können nachträglich Wirksamkeit erlangen durch Genehmigung seitens der vertretungsbefugten Gesellschafter. Die Vorschriften des § 15 HGB und die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht sind anwendbar. (S. 56 - 63)

Der Widerspruch eines Gesellschafters gegen die Einstellung oder Entlassung eines Arbeitnehmers durch einen anderen Gesellschafter hat keinen unmittelbaren Einfluß auf die Wirksamkeit dieser Maßnahmen. Die Kenntnis von dem Widerspruch gegen eine betriebliche Anordnung kann den oder die betroffenen Arbeitnehmer zur Verweigerung des Gehorsams berechtigen und verpflichten. (S.63 - 70)

4. Kommanditisten haften für die L o h n a n s p r ü -
c h e über den Betrag ihrer Einlage hinaus nicht oh-
ne besondere Rechtsgrundlage. Die Grundsätze des Rechts-
scheins sind jedoch anwendbar. (S. 71 - 78)

5. Das K o n k u r s vorrecht der Lohnforderungen der Ar-
beitnehmer der Gesellschaft gilt sowohl für den Gesell-
schaftskonkurs als auch für die Konkurse der persönlich
haftenden Gesellschafter. (S. 79 - 81)

Eine Masseschuld im Gesellschaftskonkurs ist nicht ohne
weiteres auch Masseschuld in den Konkursen der Gesell-
schafter. (S. 81 - 82)

6. Die allgemeine F ü r s o r g e p f l i c h t des Ar-
beitgebers bewirkt keinen Anspruch der Arbeitnehmer
auf Aufklärung über die Rechtsverhältnisse der Gesell-
schaft. (S. 83 - 86)

7. Jeder Gesellschafter ist berechtigt, im eigenen Namen
die Strafverfolgung gemäß § 79 II B e t r V G zu bean-
tragen. (S. 93 - 94)

Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaften kön-
nen Mitglied des Wirtschaftsausschusses sein. (S. 95 - 100)

8. Die Personenhandelsgesellschaften sind t a r i f f ä -
hig. (S. 101 - 102)

Die Tarifgebundenheit der Gesellschaft bei Verbandsta-
rifen ergibt sich aus der Mitgliedschaft der Gesell-
schaft unter ihrer Firma und unter gewissen Vorausset-
zungen auch aus der Mitgliedschaft einer oder mehrerer
zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Gesellschafter
im Arbeitgeberverband. (S. 102 - 110)

9. Der G e s e l l s c h a f t e r w e c h s e l berührt
die bestehenden Arbeitsverhältnisse grundsätzlich nicht.
Das Ausscheiden eines Gesellschafters kann einen wichti-
gen Grund zur außerordentlichen Kündigung bieten, wenn
es für das Arbeitsverhältnis entscheidend auf die Person
des Gesellschafters ankommt. (S. 112 - 118)

10. Die formwechselnde und übertragende U m w a n d l u n g
der Gesellschaft lassen die mit der Gesellschaft be-
stehenden Arbeitsverhältnisse grundsätzlich unberührt.
(S. 119 - 125)

11. Die A u f l ö s u n g der Gesellschaft zieht die Be-
endigung der Arbeitsverhältnisse nur nach sich, wenn
im Arbeitsvertrag vereinbart ist, daß die Anstellung
für die Dauer des tatsächlichen Geschäftsbetriebes er-

folgt war. Eine Kündigung aus wichtigem Grund durch den Arbeitgeber kommt nur bei Arbeitsverhältnissen von einer bestimmten Dauer und solchen mit sehr langer Kündigungsfrist in Frage. Die außerordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer ist zulässig, wenn die Auflösung der Gesellschaft eine Veränderung des Inhalts der Arbeitsleistung zur Folge hat oder die Einhaltung der Kündigungsfrist die Begründung eines bestimmten neuen Arbeitsverhältnisses verhindern würde. (S. 126 - 130)

12. Die Entscheidung, ob jemand überhaupt Gesellschafter ist oder nicht, ist allein nach gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten zu treffen. Die **G e s e l l s c h a f t e r e i g e n s c h a f t** ist notwendig gekennzeichnet durch die grundsätzliche Gleichordnung der Gesellschafter. Wichtige Indizien für die Gesellschaftszugehörigkeit sind Teilnahme am Risiko des Unternehmens und die Eintragung im Handelsregister. (S. 134 - 137)
13. Die Gesellschafterstellung steht der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Gesellschaft nicht entgegen. Auch persönlich und unbeschränkt haftende **G e s e l l s c h a f t e r** können **A r b e i t n e h m e r** ihrer Gesellschaft sein, sofern sie weder vertretungs- noch geschäftsführungsbefugt sind. (S. 138 - 144)
14. Die wichtigsten Rechtsgrundlagen für die **T ä t i g - k e i t e i n e s G e s e l l s c h a f t e r s** im Dienste seiner Gesellschaft sind Gesellschaftsvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag.

Kriterien für die **A b g r e n z u n g** zwischen der Tätigkeit aufgrund Gesellschaftsvertrages und der auf einem außergesellschaftlichen Anstellungsvertrag beruhenden Mitarbeit sind die Möglichkeit der Trennung beider Positionen, die Regelung der Vergütung sowie die Anmeldung zur Lohnsteuer und Sozialversicherung. (S. 145 - 150)

15. Die Arbeitspflicht von Gesellschaftern im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen ist stets Ausfluß der Mitgliedschaft. Der Gesellschafter ist darum in Bezug auf diese Tätigkeit weder freier Dienstverpflichteter noch Arbeitnehmer.

Die unmittelbare **A n w e n d u n g** des Dienstvertrags- bzw. **A r b e i t s r e c h t s** ist ausgeschlossen. Die entsprechende oder sinngemäße Anwendung arbeitsrechtlicher Regeln ist zulässig, wenn eine besondere Bestimmung dies vorschreibt oder es nach dem allgemeinen Schutzcharakter des Arbeitsrechts und dem besonderen Sinn und Zweck der betreffenden Norm im konkreten Fall geboten erscheint. (S. 151 - 174)

16. Die arbeitsrechtliche Sonderstellung der aufgrund freien Dienstvertrages in der Gesellschaft mitarbeitenden Gesellschafter beurteilt sich mit der durch die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendung des Dienstvertragsrechts gebotenen Sonderbehandlung nach den für die gesellschaftsrechtliche Mitarbeit geltenden Grundsätzen. (S. 175)
17. Die aufgrund Arbeitsvertrages im Unternehmen der Gesellschaft mitarbeitenden Gesellschafter sind echte Arbeitnehmer. Sie haben hinsichtlich ihrer Arbeitnehmertätigkeit die gleiche Rechtsstellung wie andere Arbeitnehmer der Gesellschaft mit der Folge, daß insoweit die arbeitsrechtlichen Vorschriften unmittelbare und grundsätzlich uneingeschränkte Anwendung finden. Die Gesellschafter müssen jedoch bei Ausübung ihrer Rechte aus dem Arbeitsverhältnis die Interessen ihrer Gesellschaft gebührend wahren. (S. 176 - 179)

LITERATURVERZEICHNIS

- BANDASCH GEORG Kommentar zum Handelsgesetz-
buch, 1960
- BAUMBACH-DUDEN Kommentar zum Handelsgesetz-
buch, 17. Auflage 1965
- BAUMBACH-LAUTERBACH Kommentar zur Zivilprozeßord-
nung, 28. Auflage 1965
- BENNER WILLI Sozialversicherung von Gesell-
schaftern, BB 1959 S. 998 ff
- BISCHOFF HANS-ALBRECHT Krankenversicherung, AR-Blattei,
Sozialversicherung IV
- BOBROWSKI-GAUL Das Arbeitsrecht im Betrieb,
5. Auflage 1965
- BRACKMANN KURT Handbuch der Sozialversicherung,
1. - 6. Auflage, Stand 1965
- BRENNBERGER-BAUERNFEIND Kommentar zum Jugendarbeits-
schutzgesetz, 1960
- BRENNER WILLI Die Bestrafung des Arbeitgebers
aufgrund sozialversicherungsrecht-
licher Vorschriften, BB 1960 S. 1290ff
- BULLA GUSTAV-ADOLF Mutterschutzgesetz und Frauen-
arbeitsrecht, Kommentar 1954
- Die Sorgepflicht des Arbeitge-
bers um eingebrachtes Arbeitneh-
mereigentum, RdA 1950 S. 88ff
- DAHNS Der Kommanditist als Arbeitneh-
mer der Kommanditgesellschaft,
RdA 1951 S. 368 ff
- DENECKE J. Rechtsnachfolge in den Betrieb:
Übergang des Arbeitsverhältnis-
ses, BB 1950 S. 679 ff
- DERSCH HERMANN Der Arbeitgeber, AR-Blattei,
Arbeitgeber I, Begriff I
- Neue Entwicklung der Fürsorge-
pflicht im Arbeitsverhältnis,
Festschrift für Wilhelm Herschel
1955 S. 71 ff
- Die Rechtsstellung von Organmit-
gliedern juristischer Personen
und Gesellschaften im Arbeits-
recht und in der Sozialversi-
cherung, RdA 1951 S. 212 ff

- DERSCH-VOLKMAR
Kommentar zum Arbeitsgerichts-
gesetz, 6. Auflage 1960
- DIETZ ROLF
Kommentar zum Betriebsverfas-
sungsgesetz, 3. Auflage 1960
- DIETZ-NIKISCH
Kommentar zum Arbeitsgerichts-
gesetz, 1954 mit Nachtrag 1961
- DÜRINGER-HACHENBURG
Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
3. Auflage; Band I 1930, bear-
beitet von Geiler, Lehmann und
Hoeniger; Band II 1932, 1. Teil
bearbeitet von Geiler, 2. Teil
bearbeitet von Flechtheim
- EHRENBERG
Handbuch des gesamten Handels-
rechts, Band II, Band IV 1. Ab-
teilung 1926, Band IV 2. Abtei-
lung 1918; Bearbeiter sind je-
weils mit dem Zitat genannt
- ENNECCERUS-LEHMANN
Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearbeitung 1958
- ENNECCERUS-NIPPERDEY
Allgemeiner Teil des Bürgerli-
chen Rechts, 2. Teil, 15. Aufl. 1960
- ERDMANN GERHARD
Das Betriebsverfassungsgesetz,
2. Auflage 1954
- ETMER F.
Kommentar zum 4. Buch der Reichs-
versicherungsordnung - Renten-
versicherung der Arbeiter, Lose-
blattausgabe Stand 1965

Kommentar zum Angestelltenver-
sicherungsgesetz - Rentenversi-
cherung der Angestellten, Lose-
blattausgabe Stand 1965
- FIGGE GUSTAV
Die sozialversicherungsrechtli-
che Beurteilung von Familienan-
gehörigen, BB 1962 S. 1203 ff
- FISCHER ROBERT
Die Grenzen bei der Ausübung ge-
sellschaftsrechtlicher Mitglied-
schaftsrechte, NJW 1954 S. 777ff

Die Haftung des Gesellschafters
für Schulden der OHG, 1936 (Diss.)
- FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH
Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz, 7. Auflage 1966
- GALPERIN-SIEBERT
Kommentar zum Betriebsverfassungs-
gesetz, 4. Auflage 1963
- VON GODIN
Einzelfragen aus dem Recht der
OHG, JR 1948 S. 61ff

- ROS
Der Annahmeverzug des Arbeitgebers, AR-Blattei, Annahmeverzug I
- ROSSMANN
Wer ist Prinzipal im Sinne des HGB? JW 1912 S. 774 ff
- SCHERSCHEL W.
Arbeitsrecht, 25.-29.Auflage 1958
- ESSEL
Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht im neuen Betriebsverfassungsgesetz, BB 1952 S.921ff
- HUECK ALFRED
Gesellschaftsrecht, 13.Auflage 1965
Das Recht der OHG, 3.Auflage 1964
Auflösung eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses, BB 1952 S. 263
- HUECK GOETZ
Zur Tätigkeit des Kommanditisten im Dienste der KG, Betrieb 1962 S. 1363 ff
Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter, Betrieb 1955 S. 384 ff
- HUECK-NIPPERDEY
Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7.Aufl.1963, Band II, 6.Aufl. 1957
- HUECK-NIPPERDEY-STÄHLHÄCKE
Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 4.Auflage 1964
- JACOBI ERWIN
Grundlehren des Arbeitsrechts 1927
- JÄGER ERNST
Kommentar zur Konkursordnung, Band I (§§ 1-70) 8. Auflage 1958, Band II (§§ 47-244) 6. und 7. Auflage 1936
- KÄSKEL-DERSCH
Arbeitsrecht, 5.Auflage 1957
- KOCH-HARTMANN-VON ALTROCK-FÜRST
Kommentar zum Angestelltenversicherungsgesetz, Loseblattausgabe, 3.Auflage 1965
- KÖNIGS FOLKMAR
Lohnanspruch der Arbeitnehmer gegen einen Innengesellschafter? Betrieb 1955 S. 753 ff
- KRETZSCHMAR ALFONS
"Arbeitgeber" und "Unternehmer" im Betriebsverfassungsgesetz, BB 1953 S. 209 ff
- LANDMANN-ROHMER-EYERMANN-FRÖHLER
Kommentar zur Gewerbeordnung, 12. Auflage Stand 1964
- LARENZ KARL
Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil Band I, 7.Aufl.1964

- LAUTERBACH HERBERT
Kommentar zur Unfallversicherung - 3. und 5. Buch der RVO, 3. Auflage 1963, Stand 1966
- LEHMANN HEINRICH
Gesellschaftsrecht 2. Auflage 1959
- LEHMANN KARL
Lehrbuch des Handelsrechts, 1908
- LEHMANN-HÜBNER
Allgemeiner Teil des BGB, 15. Auflage 1966
- LOTMAR PHILIPP
Der Arbeitsvertrag, Band I 1902
- MAURACH REINHART
Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1965
- MAUS WILHELM
Das Arbeitsverhältnis, Band I 1948
Handbuch des Arbeitsrechts
Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 1956
- MENTZEL-KUHN
Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflage 1962
- MOLITOR ERICH
Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925
Die Kündigung, 2. Auflage 1951
Arbeitnehmer und Betrieb 1929
Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, AR-Blattei, Arbeitspflicht I
Arbeits- und Gesellschaftsverhältnis, Studi in memoria di Lorenzo Mossa 1961 S. 47 ff
Arbeitsverhältnisse und Mitgliedschafts-Gesellschaftsverhältnisse, Betrieb 1957 S.164ff
- MOLITOR-VOLMER
Kommentar zum Jugendarbeitsschutzgesetz, 1961
- MONJAU-WOLFF
Kommentar zum Jugendarbeitsschutzgesetz, 1961
- MÜLLER GERHARD
Die allgemeine Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde, Betrieb 1958 S. 628 ff
- MÜLLER-ERZBACH
Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage 1928

- NEUMANN-DUESBERG Betriebsverfassungsrecht, Lehrbuch, 1960
- NIKISCH ARTHUR Arbeitsrecht, Band I 3. Auflage 1961, Band II 2. Auflage 1959 (Zitierweise: Nikisch I oder II)
Grundformen des Arbeitsvertrages
Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht, RdA 1960 S. 1 ff
- OEHMANN WERNER Die Lohnzahlung, AR-Blattei, Lohnzahlung
- OERTMANN PAUL Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1927
- PAKEBUSCH ERNST Die arbeitgeberähnlichen Personen und ihre arbeitsrechtliche Sonderstellung, Kölner Dissertation 1961
- PALANDT Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 25. Auflage 1965
- PETERS HORST Handbuch der Krankenversicherung, Loseblattausgabe, 16. Auflage, Stand 1966
- PLANCK Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II 2. Hälfte - Recht der Schuldverhältnisse besonderer Teil, 4. Auflage 1928
- POSSIWAN Die Versicherungspflicht der Kommanditisten, AngVers 1957 S.67
- REICHSGERICHTSRÄTE Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage; Band I 1953, bearbeitet von Würdinger; Band II 1950, bearbeitet von Weipert
- REICHSGERICHTSRÄTE UND BUNDESRICHTER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage; Band I 1. Teil 1959, bearbeitet von Denecke (§§ 1-89), Kregel (§§ 90-103), Krüger-Nieland (§§ 104-157), Kuhn (§§ 158-185) und Johannsen (§§ 186 - 240); Band II 1. Teil 1959, bearbeitet von Kuhn (§§ 433-534, 598-606), Pritsch (§§ 534-597), Wilde (§§ 607-610) und Denecke (§§ 611-704); Band II 2. Teil 1960, bearbeitet von Fischer (§§ 705-779), Kuhn (§§ 780-811) Scheffler (§§ 812-822). Haa-

- RICHTER LUTZ Arbeitsrecht als Rechtsbegriff,
1923
- ITTER Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
2. Auflage 1932
- ROESCH H. Bildung und Aufgaben des Wirt-
schaftsausschusses, B1StSozArbR
1953 S. 234 ff
- ROSPATT Zur Haftung der Gesellschafter
für Verbindlichkeiten der OHG
und ihrem Verhältnis zur Haf-
tung der Gesellschaft, ZBH 1932
S. 241
- ROTBURG HANS EBERHARD Kommentar zum Ordnungswidrig-
keitengesetz, 3. Auflage 1964
- SCHLEGELBERGER Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
4. Auflage; Band I 1960, bear-
beitet von Hildebrandt (§§ 1-58)
und Schröder (§§ 59-104); Band II
1963, bearbeitet von Geßler
- SCHLESSMANN KARL Die Lösung von Arbeitsverhält-
nissen, 1962
- SCHNEIDER-ZARTMANN-MARTIN Familienunternehmen und Unterneh-
mertestament, 3. Auflage 1960
- SCHNORR VON CAROLSFELD Arbeitsrecht, 2. Auflage 1954

Zur Haftung juristischer Personen
als Betriebsunternehmer nach
§ 898 RVO DARbR 1936 S. 98

Zur Arbeitsleistung im Rahmen
von Gesellschaftsverhältnissen,
Festschrift für Hueck 1951 S. 261ff
- SCHÖNKE-SCHRÖDER Kommentar zum Strafgesetzbuch,
12. Auflage 1965
- SCHOLZ FRANZ Vollmachtgeber und Bevollmäch-
tigter in Konkurrenz, JR 1958
S. 17

"Der wichtige Grund", SJZ 1949
S. 62 ff
- SCHULTE-HOLTHAUSEN Kommentar zur Reichsversicherungs-
ordnung, 4. Auflage 1929
- SCHWARZ-KLEINKNECHT Kommentar zur Strafprozeßordnung,
26. Auflage 1966
- SILBERSCHMIDT W. Das deutsche Arbeitsrecht, Band I,
1926
- SINZHEIMER HUGO Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.
Auflage 1927

LEBENS LAUF

Am 2. Dezember 1934 wurde ich in Solingen als zweiter Sohn des Fabrikanten Max Mayer und seiner Ehefrau Elfriede geboren.

Im April 1941 erfolgte meine Einschulung in die Volksschule. 1943 wurde ich mit meiner Mutter in die Nähe von Freudenstadt im Schwarzwald evakuiert, wo ich weiter zur Volksschule ging. Am 5. November 1944 kamen mein Vater und mein acht Jahre älterer Bruder bei einem Luftangriff auf Solingen ums Leben. Nach Kriegsende besuchte ich für kurze Zeit die Keppler-Realschule in Freudenstadt, dann das Gymnasium Schwertstraße in Solingen. Im Frühjahr 1956 legte ich dort die Reifeprüfung ab.

Im Mai 1956 immatrikulierte ich mich an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau zum Studium der Rechte. Nach drei Semestern wechselte ich zur Ludwig-Maximilians-Universität in München. Dort bestand ich nach Ablauf weiterer vier Semester am 25. Januar 1960 die erste juristische Staatsprüfung.

Mit Wirkung vom 16.3.1960 wurde ich in den Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst in Bayern aufgenommen. Am 3. April 1964 habe ich in München die zweite juristische Staatsprüfung bestanden. Seither bin ich dort als Rechtsanwalt tätig.



